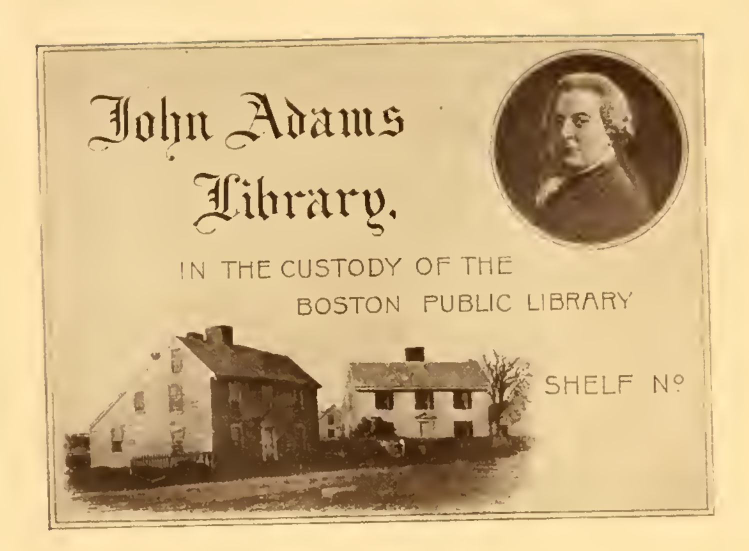
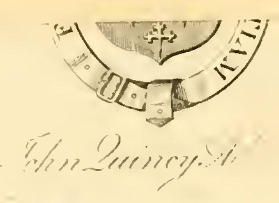






John Quincy A

INSTITUTIONS
DU
DROIT DE LA NATURE
ET
DES GENS,

Dans lesquelles, par une chaine continue, on déduit de la NATURE même de l'HOMME, toutes ſes OBLIGATIONS & tous ſes DROITS.

Traduites du Latin de Mr.

CHRISTIAN L. B. DE WOLFF,
Conſeiller Privé de S. M. le Roi de Pruſſe, & Chancellier & Doyen de l'Univerſité de Hall.

PAR MR. M***.

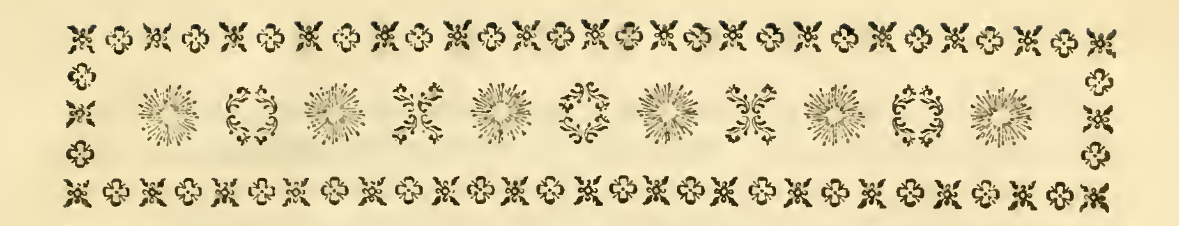
Avec des NOTES, dans lesquelles on fait voir la ſolidité des principes de l'Auteur; l'application de ces mêmes principes au Droit Public, Civil & Romain; & l'utilité qu'on peut ſur-tout en retirer, pour juger les cauſes rélatives au Commerce & à la Navigation:

PAR
MRE. ELIE LUZAC,
Doctеur en Droit & Avocat à la Cour de Hollande, *de* Zélande *&* de West-Friſe.

TOME PREMIER.



A LEYDE,
Chez ELIE LUZAC, MDCCLXXII.



A MONSIEUR

LE CHEVALIER ***

Membre du Parlement de la Grande-Bretagne.

MONSIEUR,

Voici enfin l'ouvrage sur lequel j'ai eu le plaisir de vous entretenir; sur lequel vous m'avez fait tant de difficultés; & que vous avez bien voulu me permettre de vous dédier. Agréez maintenant qu'au lieu de vous le présenter avec une Dédicace fastueuse, remplie d'éloges & de complimens, qui blesseroient également votre délicatesse, votre goût & votre modestie, je profite de l'honneur que vous m'accordez pour vous rappeller toutes les réflexions dont vous m'avez fait part, pour y répondre de nouveau, & pour vous rendre un compte plus exact & plus détaillé de mon travail, du motif qui m'y a porté, & du but que je me suis proposé en l'entreprenant.

Vous avez raiſon, Monsieur: *le Droit de la Nature & des Gens* a été ſi ſouvent traité; on a publié tant de livres ſur cette matière, elle a occupé la plume de tant d'Ecrivains célèbres, qu'il paroit très inutile de donner la traduction françoiſe d'un livre élémentaire, uniquement deſtiné à nous tracer les premiers Elémens de la Jurisprudence Univerſelle. De plus (dites-vous) quelque inſtructif que puiſſe être l'ouvrage de Mr. Wolff, le ſtile en eſt ſi ſec & ſi dur, la marche ſi peſante & ſi ſerrée, qu'il ſuffit d'y jetter les yeux, pour perdre l'envie d'en commencer la lecture. Vous me demandez après cela, ſi je ſuis aſſez peu inſtruit du goût actuel du Public, & de l'état préſent de la République des Lettres, pour ignorer que c'eſt la forme, & non pas le fonds, qui décide aujourd'hui de la fortune d'un livre, comme elle le fait ſouvent du ſort des particuliers? Vous me demandez ſi j'ignore combien les Ecrits Méthodiques, ceux dans lesquels on raiſonne, ceux dans lesquels on traite des matières qui demandent des connoiſſances profondes de la Métaphyſique, ſont mal accueillis, non pas ſeulement en France, mais presque par-tout où il y a des Lecteurs? Si j'ignore jusques à quel degré le dégoût pour tout ce qui a plus ou moins l'air de Syſtême, s'eſt répandu avec la mode & les mœurs d'une nation, qui paroit s'être fait une loi de n'applaudir qu'à la frivolité, & qui ſemble jouïr du dangereux avantage de donner, à cet égard, le ton à toute l'Europe? Aujourd'hui, me dites-vous, un ouvrage pour être bien accueilli, doit être léger, élégant, hardi: il faut qu'après l'avoir lu, on puiſſe dire, *je me ſuis amuſé;* on ne demande pas d'inſtruction; ſi l'on en veut dans quelque livre, ce n'eſt pas aſſurément dans un traité de morale, ni de droit. Ces Sçiences doivent être traitées comme l'on paſſe la vie, ſans peine, ſans travail, mais avec aménité: leur marche ne doit pas être rude, mais douce, facile, agréable, élégante. Tel eſt, dites-vous, le goût du ſiècle, & après ces réflexions vous me demandez, comment il eſt poſſible que j'aye pu ſonger à faire faire une Traduction des *Inſtitutions du Droit de la Nature & des Gens*, compoſées par l'Auteur le moins élégant que l'on connoiſſe; & qui s'eſt fait un devoir de n'y répandre aucun agrément. Vous me demandez; comment j'ai pu avoir le courage de le commenter, & de le faire en françois?

Ces réflexions reviennent dans le fonds, ſi je ne me trompe, aux deux ſuivantes; ſavoir, 1°. qu'il y a tant de livres publiés ſur la Jurisprudence, qu'il eſt inutile d'en augmenter le nombre: 2°. qu'on n'en veut pas aujourd'hui,

d'hui, & ſur-tout point en françois, qui ſoient écrits comme l'eſt celui que je publie actuellement.

Quant à la première de ces deux Réflexions, j'avoue, Monsieur, que depuis l'illuſtre Grotius, la Jurisprudence Naturelle a été extrêmement cultivée; nous avons nombre de livres de Morale, de Droit Naturel, de Droit des Gens; les livres élémentaires ne nous manquent point dans ce genre: mais malgré cette quantité immenſe de Livres qui forment la Bibliothèque du Philoſophe & du Jurisconſulte, en eſt-il un, qui nous donne des définitions exactes, des principes juſtes, des raiſonnemens ſuivis, & dans lesquels on trouve cette liaiſon d'idées, cette chaine de propoſitions, ce fil de démonſtrations, qui ſeul peut nous faire appercevoir & ſaiſir la combinaiſon de toutes les vérités qu'il nous importe ſi fort de connoître? Ce caractère manque dans tous les ouvrages qui ont traité de nos Devoirs & de nos Droits; du moins s'il en eſt dans lesquels il ſe trouve plus ou moins, je n'en connois cependant point, qui à cet égard puiſſe être comparé à celui de notre Philoſophe; & ſûrement il n'en eſt point en françois.

Quant à votre ſeconde Réflexion, je n'ignore point, Monsieur, le peu de cas qu'on fait en général des études ſérieuſes de la Métaphyſique: qu'en particulier les François ne font guère les Philoſophes & les Métaphyſiciens que dans des ouvrages de récréation & d'amuſement: je ſais qu'aujourd'hui l'on eſt très-peu diſpoſé pour tout ce qui met l'eſprit à la gêne, & que la méthode ſcientifique ou démonſtrative ſur-tout n'eſt pas fort propre à nous procurer des Lecteurs; je ſais encore, qu'on ne veut rien de Syſtématique, & qu'il ſuffit de procéder avec ordre dans un Ecrit, pour être taxé d'eſprit à Syſtême; je n'ignore pas non plus, que le ſuccès des productions littéraires dépend aujourd'hui plus de la forme que du fonds; on eſt ſûr, je le ſais, qu'un livre ſera favorablement accueilli & lu avec avidité, quelque peu de ſolidité qu'on y trouve, pourvû qu'il ſoit bien écrit. Tel paroit être aujourd'hui le goût général; tel eſt du moins le ton pour la Littérature françoiſe: je le ſais, & tout cela cependant ne m'a pas rebuté. Pardonnez à ma vanité, ſi je réſiſte au torrent. Voici mes raiſons: jugez.

On ne doit, Monsieur, s'en laiſſer impoſer, ni par les préjugés, ni

par les authorités, ni par le goût dominant du siècle. Les Arts ne dépendent pas des ouvriers qui y sont employés. C'est un Architecte qu'il faut pour dresser le plan d'un Edifice, pour en combiner toutes les parties, & en régler la structure. Une pièce de Musique doit sa bonté au génie & aux talens du Compositeur. Celui qui dans un combat dirige l'Artillerie, n'exige pas que ceux qui la servent, ayent les lumières qu'il possède. Il en est ainsi de toutes les Sçiences & de tous les Arts. La multitude sert d'instrument à ceux qui la dirigent. La construction d'un édifice, la composition d'une pièce de musique, le service de l'artillerie, supposent des lumières & des connoissances, qu'on ne peut acquérir qu'à force d'étude & d'application, & par une route que l'on trouve si peu agréable: la Sçience du Droit suppose de même des lumières & des connoissances, qui ne s'acquièrent point par des méditations vagues & non-suivies.

Toutes les vérités, de quelque nature qu'elles soient, se tiennent pour ainsi dire par une chaîne qui les rend dépendantes les unes des autres. L'une tire sa source de l'autre: & l'on se flatte en vain de posséder une Sçience, si on néglige d'étudier cette dépendance & cette liaison. Ainsi quoiqu'il soit vrai, que l'on ne doive pas espérer de porter la multitude à une connoissance parfaite du Droit; il n'en est pas moins vrai, que plus la Sçience de nos devoirs sera cultivée & portée à un plus haut degré de perfection, plus la multitude en retirera de fruit; tout comme les hommes en général profitent de l'accroissement des autres Sçiences, quoiqu'il y en aît peu qui les possèdent. De-là je me crois en droit de conclure, que le goût dominant du siècle, quel que puisse être ce gout, ne doit jamais nous détourner des voyes que nous croyons propres aux progrès & à la perfection des Sçiences & des Arts. N'écrivons pas, j'y consens, pour ceux qui veulent se borner à l'état de simples ouvriers; mais écrivons pour ceux qui aspirent à un rang plus élevé: écrivons pour ceux qui sentent le prix de la vérité, dénuée de tout ornement. Nos connoissances du Droit une fois établies sur des fondemens solides, enchaînées de façon à nous faire voir la liaison des vérités qui en font l'objet, & les sources, d'où ces vérités découlent; ces connoissances une fois portées au point qu'elles puissent former une Sçience proprement dite, produiront peut-être dans nos moeurs le même effet, que produit l'étude de la Grammaire & celle des Mathématiques par rapport à ceux qui s'y sont appliqués; on en suivra les règles & les maximes par routine & par habitude.

Enfin votre remarque ſur l'uſage que je fais de la langue françoiſe, quoique dans le fonds très-juſte & très-ſenſée, n'eſt peut-être pas auſſi généralement vraie qu'elle paroit l'être d'abord. Barbeirac a mis en françois le *Droit de la Guerre & de la Paix* par Grotius; le *Droit de la Nature & des Gens* par Pufendorf; & les *Devoirs de l'Homme & du Citoyen* du même Auteur. Mr. Ferrieres en a fait autant des *Inſtitutes* de *Juſtinien;* ces livres ſe réimpriment encore tous les jours. On en a tant d'autres en françois, qui pèchent par leur ſolidité, & qui ſe vendent; & la langue françoiſe, déjà ſi univerſellement répandue, ſe répand encore tous les jours davantage. Toutes ces raiſons m'ont fait croire, que la langue françoiſe convenoit le mieux à mes vues & à mon deſſein. J'ai réfléchi encore, que celui qui pourroit lire mes Notes en latin, pourroit également les lire en françois; attendu qu'il n'eſt presque perſonne qui entende le Latin, & qui n'entende point cette dernière langue. Une dernière raiſon & déciſive pour moi, c'eſt que je ne ſuis pas dans l'uſage d'écrire en Latin; & que ſûrement mon ſtyle bleſſeroit les oreilles délicates de ceux qui dans cette langue ne veulent ſouffrir que de la pureté & de la préciſion.

Voila, Monsieur, mes raiſons ſur les deux conſidérations auxquelles j'ai cru devoir répondre en premier lieu. Permettez que je réduiſe maintenant à deux chefs toutes les difficultés que vous m'avez propoſées d'ailleurs. Elles regardent ou la *Théorie*, c'eſt-à-dire, la Sçience même; ou la *Pratique*, c'eſt-à-dire, l'application de cette Sçience à nos actions. Quant à la Théorie, vous doutez qu'on puiſſe la porter plus loin: vous trouvez que depuis Grotius on n'y a guère fait de progrès, ſi tant eſt qu'on en aît fait, & qu'on ne ſoit pas plutôt allé en arrière. De-là vous ſemblez conclure, que toutes nos tentatives ſeront inutiles, & qu'il n'eſt pas donné à l'homme de faire de ſi grnds progrès. Je vous avoue que je ne goûte point ce raiſonnement. Je conviens que l'homme ne peut atteindre à la perfection: s'enſuit-il qu'il ne peut en approcher plus ou moins? Si on raiſonnoit ainſi par rapport à la Navigation, au Commerce, à la Médecine, à la Chirurgie, & par raport aux autres Sçiences & aux Arts, que l'on ne dédaigne pas de cultiver; que deviendroient-ils? Et pourquoi, ſi toutes ces Sçiences, ſi tous ces Arts ſont ſuſceptibles d'un plus grand dégré de perfection, la Jurisprudence ne le ſeroit-elle point? Si les progrès de cette Sçience ſont lents & peu ſenſibles, n'a-t-elle pas cela de commun avec tou-

toutes les autres? Quelle eſt celle qu'on a vu s'élever tout d'un coup au point de n'avoir plus de progrès à faire? Voulez-vous, MONSIEUR, inſiſter ſur des erreurs & ſur la diverſité des opinions; quelle eſt la Sçience qui n'y ſoit pas ſujette? Sans les travaux de KEPLER, ſans les ſublimes viſions de DESCARTES, ſans les obſervations de GASSENDI, les découvertes de HUIGENS & les efforts de BOYLE; NEWTON n'eût pas élevé la Phyſique à ce degré de certitude, auquel on la voit aujourd'hui. Sans les Ecrits des Anciens, ſans le Code Romain, GROTIUS n'eut vraiſemblablement pas donné ſon *Droit de la Guerre & de la Paix*. On s'imagine ne pouvoir aller plus loin. Cette fauſſe idée eſt ſouvent l'unique motif qui nous arrête, & l'unique cauſe qui nous prive des avantages dont nous pourrions jouïr. Quoiqu'il en ſoit, j'eſtime que nos lumières & nos connoiſſances, quels qu'en puiſſent être les objets, ne ſe perfectionnent qu'inſenſiblement & comme par degrés; & que, comme toutes les autres Sçiences, la Jurisprudence eſt ſuſceptible de cet accroiſſement.

ECOUTERIONS-NOUS, MONSIEUR, cet ordre de déclamateurs, ou ces Savans bizarres, qui prétendent qu'il eſt inutile d'étudier la Morale; que le bon-ſens nous apprend aſſez par lui-même, & ſans être cultivé, ce que nous ſommes obligés de faire, ou de ne point faire? Il me ſemble entendre un Laboureur prêcher l'inutilité de l'*Arithmétique Artificielle*, parce qu'en général les hommes naiſſent avec une *Arithmétique Naturelle* qui peut leur ſuffire. Il eſt vrai que nos facultés, ſans être cultivées, ſuffiſent pour nos plus preſſans beſoins: à cet égard il n'y a aucune Sçience qui ait quelque avantage ſur une autre. Le bon-ſens ſuffit pour nous guider dans le choix des alimens; le bon-ſens ſuffit pour conſtruire une hutte: mais ce bon-ſens ne ſuffit pas pour celui qui veut calculer le produit des finances, ſe rétablir d'une attaque de pleuréſie, ſe procurer une habitation commode & ſûre. Quel que ſoit l'objet, auquel notre eſprit s'attache, nous ne parvenons à le connoître qu'autant que nous avons ſoin de perfectioner les lumières & les diſpoſitions naturelles, qui doivent ſervir à nous le repréſenter dans tout ſon jour. Il en eſt de même de la Sçience des Mœurs. On ſait & l'on ſent, que l'on ne doit pas ôter à ſon prochain le bien qu'il poſſède; qu'il faut donner à chacun ce qui lui eſt du: le bon-ſens le dicte; mais ſi vous demeurez Répondant pour un ami, le bon-ſens ne vous dicte pas, ſi le Créancier a droit de vous interpeller, avant d'avoir fait exécuter le Débiteur. Le Créancier a cependant

ce

ce droit, ou il ne l'a point: la vérité ne peut pas être à la fois des deux côtés opposés; pour la saisir, il faut examiner la question de tous les côtés; & c'est en vain qu'on se flatte de réussir dans cet examen, si l'esprit n'a pas été accoutumé à le faire sur de bons principes, & avec une scrupuleuse attention. Aussi voyons-nous que de tout tems on a cherché des voies qui pûssent engager les hommes à réfléchir sur leurs devoirs, & à ne pas s'en rapporter uniquement au bon-sens. Il n'y a pas jusqu'aux Fables qui n'aient cela pour but. Toute la Philosophie de SOCRATE n'a eu d'autre objet; & sûrement les grands Génies qui ont travaillé à nous donner des notions exactes de nos devoirs, n'eûssent jamais pris cette peine, s'ils avoient jugé que le bon-sens étoit à tous égards suffisant. Un CICERON n'eût pas composé son livre *de Officiis*, ni un GROTIUS *son Droit de la Guerre & de la Paix*.

IL en est encore, à cet égard, de la Jurisprudence, comme de toutes les autres Sçiences. On ne s'apperçoit de leur étendue & de leur utilité qu'à mesure qu'on y fait des progrès, & on ne les juge peu dignes de notre curiosité & de notre attention, qu'autant qu'on n'y est point versé. Ne nous laissons donc pas détourner par le jugement de ceux qui aiment à se faire illusion. Tant d'ouvrages écrits sur les différentes parties de la morale, prise dans la signification la plus étendue, n'attestent-ils pas que cette partie des connoissances humaines a été regardée de tout tems comme un objet, qui méritoit notre attention. Je ne répéterai pas ce que le célèbre BARBEIRAC en dit dans sa Préface à l'Ouvrage de PUFENDORF du *Droit de la Nature & des Gens*. J'ajouterai seulement, que depuis le tems de PUFENDORF la Jurisprudence a été portée à un point, qui semble ne demander que la dernière main pour lui donner toute sa perfection. Représentez-vous une machine à laquelle il ne manque que d'ajuster les parties pour pouvoir être employée: telle paroît être la situation actuelle de la Jurisprudence; les matériaux sont prets; il n'y a qu'à bien choisir, & à les bien placer. Notre Auteur est le premier qui aît tenté de le faire. Il n'est pas donné à l'homme de réussir dans un premier essai. Un autre viendra, qui profitant des lumières de Mr. WOLFF, corrigera ce qui lui est échappé de moins exact; & de cette façon on parviendra à quelque chose de plus parfait. Je Vous ai dit, MONSIEUR, que c'est pour y contribuer, que je me suis déterminé à donner cet Ouvrage en françois, & à y ajouter des Notes, dans lesquelles je fisse sentir l'utilité qu'on peut retirer, soit de la méthode de notre Auteur,

ſoit des principes qu'il expoſe, ſoit de la manière dont on peut en faire l'application au Droit civil & public. Vous le ſavez, MONSIEUR, le Droit naturel eſt non-ſeulement la ſource du Droit des Gens, c'eſt-à-dire de ce Droit qui a lieu d'une Nation à l'autre, & des Nations entre-elles; il l'eſt également de ce que l'on nomme le Droit civil, ou de ce Droit qui dans l'État civil a lieu entre les particuliers. Rien n'eſt donc plus important, même pour la Société civile, que de ſavoir jusques à quel degré, & comment on peut appliquer les principes du Droit naturel au Droit civil. Ce point non-ſeulement a été négligé jusqu'à préſent, mais je ne ſais comment on eſt même parvenu à ſe perſuader que le Droit civil eſt contraire au Droit naturel. Ce penchant ſervile & lâche, qui nous rend eſclaves de l'opinion d'autrui; cette pareſſe qui nous éloigne de tout examen, & qui nous fait adopter indiſtinctement tout ce que nous voyons adopté par d'autres, ſans nous donner la peine d'en rechercher le motif & la raiſon : ce penchant & cette pareſſe ſont peut-être les cauſes uniques qui font crier, qu'il eſt inutile de s'appliquer à la connoisſance de la Jurisprudence naturelle.

Vous ſouriez, MONSIEUR, & ma ſimplicité Vous étonne. Vous croyez que quand il ſeroit vrai, qu'on pût parvenir à une connoiſſance parfaite de la Jurisprudence Univerſelle, elle ſeroit pourtant également inutile & ſans fruit. A quoi bon, dites-vous, votre travail? Vous paſſez votre vie à rechercher les moyens de bien diſcerner le juſte de l'injuſte; vous voulez le faire diſcerner aux autres. Eh bien! quel en ſera le fruit? qu'aurez-vous gagné? Suppoſez, ajoutez-vous, que la Sçience du Droit fût établie auſſi évidemment, & auſſi ſolidement, que le ſont les vérités de Géométrie dans les livres d'Euclide; en ſeroit-on plus avancé dans la Société civile? Toute Sçience (continuez-vous) eſt vaine, dès que le talent d'en faire une heureuſe application nous manque; & c'eſt ce talent qui manque à la plupart des hommes. Les Savans en ſont le moins doués. Trop occupés dans le fond de leur cabinet, ils s'amuſent à faire, pour ainſi dire, un amas d'opinions, qu'ils accumulent ſans ceſſe, ainſi que l'*Avare* dont parle HORACE. S'il ſe préſente un cas, dans lequel il faille faire uſage de leurs richeſſes, les voilà incertains, & en peine ſur le moyen de les employer. Tel qu'un Médecin qui poſſède à fonds la théorie de ſon art, mais à qui la nature a refuſé ce coup d'œil néceſſaire pour juger de l'état d'un malade, pour ſaiſir ſon véritable mal; & la préſence d'eſprit pour faire choix des remèdes les plus convenables: tel qu'un profond

ſond

fond Mathématicien, qui trace sur le papier les démonstrations les plus difficiles, mais qui est aux abois lorsqu'il s'agit de mésurer un arpent de terre. Le Droit n'a à cet égard aucune préférence sur les autres Sçiences. Cette Sçience exige le talent d'appliquer les principes aux cas qui surviennent, & qui se diversifient à l'infini. Sans ce talent, le Juge le plus docte, & l'Avocat le plus savant, valent souvent moins que l'homme qui n'a d'autre guide que ses lumières naturelles; parce que les lumières naturelles nous guident pour l'ordinaire mieux, que des lumières acquises, mais si mal placées, qu'elles doivent nécessairement représenter les objets sous un faux jour.

De plus (dites-vous) depuis que Grotius a publié son immortel Ouvrage du *Droit de la Guerre & de la Paix* jusques à nos jours, on n'a vu aucun effet dans la practique de tout ce qui a été écrit pour instruire les hommes de leurs devoirs & de leurs obligations. Quel est le Prince (ajoutez-vous) qui soit pénétré de cette vérité, qu'un Souverain ne goûte jamais un bonheur plus pur & plus solide, que lorsqu'il fait servir ses talens & son pouvoir à augmenter le bien-être de ses Sujets? Ne les voit-on pas tous, les uns plus, les autres moins, succomber aux fausses idées de la gloire, des plaisirs, de la grandeur, & de l'intérêt de leur maison? Ecoute-t-on la Raison, suit-on des principes, lorsqu'il s'éléve une contestation entre les Puissances? N'est-ce pas l'intérêt de l'Etat, ou plutôt ce que l'on nomme intérêt de l'Etat, qui décide des résolutions qu'on prend?

N'arrivé-t-il pas souvent, que l'intérêt de l'Etat, l'honneur de la Nation, n'est que le prétexte spécieux dont l'esprit de parti ou des vues particulières se couvrent? Qu'on compare les histoires anciennes aux modernes, aux évènemens de notre tems; y voit-on le moindre fruit du travail d'un Grotius, d'un Puffendorf, & de ceux qui ont courru la même carrière? Bien loin de là: il semble que ces Auteurs n'aient fait que préparer des armes nouvelles pour les deux partis. Vous ne voyez jamais de contestations, que vous ne voyez en même-tems citer les mêmes Auteurs en faveur du pour & du contre.

Apres toutes ces réflexions, vous poursuivez ainsi: jette-t-on les yeux sur ce qui se passe dans les différents de particuliers à particuliers: que la cause soit aussi mauvaise qu'on voudra, vous trouverez un Défenseur, dès

qu'il vous ſent en état de payer ſes peines. Etes vous pauvre; ou la cauſe a-t-elle quelque choſe de déſagréable pour un homme en place & que l'on craint d'offenſer; on la trouvera deſtituée de fondement. Et encore ſi la partie léſée pouvoit ſe flatter que juſtice lui ſeroit à la fin rendue! Mais qu'arrive-t-il? L'art de multiplier les incidens, & d'allonger les procès, fait que la plupart du tems la vie eſt trop courte pour en voir la fin. D'ailleurs combien de fois n'arrive-t-il pas, que celui qui a le droit de ſon côté, eſt deſtitué de preuves ſuffiſantes pour le conſtater, ou du moins pour le conſtater d'une façon qui ſatisfaſſe les Juges. L'article des preuves rend tout procès douteux. Les uns croyent voir l'évidence là où d'autres n'apperçoivent tout au plus qu'une ſimple probabilité. Tel admet un principe dans toute ſon univerſalité, qu'un autre limite & borne par d'autres principes qui ſemblent y déroger: & c'eſt ſuivant que les Juges ſont plus ou moins imbus de certains principes, ou de certaines opinions, plus ou moins frappés de l'évidence de quelque maxime, ſoit vraie ou fauſſe, qu'ils prononcent. Aucune égalité dans les déciſions des tribunaux: ceux d'un même pays en donnent qui ſe contrediſent; & il n'eſt pas rare de voir des procédures & des ſentences qui révoltent également le bon-ſens & la raiſon.

Encore (dites-vous) faut-il ſuppoſer, que les Juges agiſſent de bonne-foi, & qu'ils ſont éclairés autant que la foibleſſe de la nature humaine peut le permettre. Mais eſt-ce bien là encore le cas des Tribunaux? Combien n'en eſt-il point dont les membres ſont bien éloignés d'avoir les lumières & les connoiſſances requiſes pour démêler le vrai du faux; les bons argumens des ſophiſmes; la candeur des artifices; & pour voir la lumière à travers les nuages dont on tâche de l'obſcurcir? Un Juge intègre peut porter une ſentence inique, faute de pénétration & de ſavoir: un Juge éclairé peut en faire autant, s'il manque à ſon devoir par quelque paſſion; s'il prend intérêt à l'un des Litigans; s'il affectionne plus ou moins l'un des Avocats ou des Procureurs. Mille motifs peuvent faire broncher un Juge, ou le détourner du droit chemin; même ſans qu'il s'en apperçoive ou le ſoupçonne. Les raiſons d'un ami nous paroiſſent meilleures que celles d'un ennemi: nous ſuppléons au défaut des premières, & nous combattons dans notre cœur les ſecondes. Une conformité de goût, de ſentimens, ou d'études, nous donnera une prédilection pour les uns, & nous préoccupera contre d'autres. Voilà l'homme: les paſſions ſont trop fortes, pour qu'il ne ſe laiſſe point entraîner par elles;

il

il ne peut leur réſiſter ; & tant que les paſſions le domineront, l'adminiſtration de la Juſtice ne ſera qu'un conflict d'intrigues & de menées ſourdes, où le plus accrédité & le moins ſcrupuleux l'emportera ſur la vertu & la probité: la Juſtice ne ſera qu'un beau nom, qu'on employera pour en impoſer au Public, & pour donner une couleur aux injuſtices les plus criantes.

Apres cette peinture, vous concluez de toutes vos réflexions, que quand même la Jurisprudence ſeroit portée au plus haut degré de perfection poſſible, on n'auroit encore rien fait, parce qu'on n'en retireroit aucun fruit dans la pratique: d'où vous concluez enſuite, que c'eſt perdre le tems de le tenter.

Je n'ai, Monsieur, ni les connoiſſances, ni l'expérience que vous avez: je ne combattrai donc pas les difficultés que vous m'alléguez. Je vous accorde tous les défauts de l'adminiſtration de la Juſtice que vous me depeignez. Eſt-il bien vrai cependant, qu'il faille en attribuer la première cauſe aux paſſions? Ne faudroit-il pas plutôt chercher cette première cauſe dans un manque de lumières & de connoiſſances? Si les hommes étoient convaincus que leur bonheur dépend uniquement d'une obſervance plus ou moins rigoureuſe des Loix naturelles; ſi on pouvoit les accoutumer à goûter le plaiſir attaché à l'exercice de la vertu; croyez-vous, Monsieur, qu'ils ne réſiſtâſſent pas ſouvent à ces mêmes paſſions, auxquelles ils ſuccombent maintenant? Pour moi, il me paroît impoſſible qu'un Etre intelligent, qui voit que ſon bonheur tient manifeſtement à la pratique de tel ou tel devoir, puiſſe ſe laiſſer entraîner à ſuivre ce qui lui eſt contraire: je crois que ſi les paſſions l'emportent, ce n'eſt que parce que l'eſprit n'eſt pas aſſez frappé de l'évidence de ce qui eſt bien, ni doué de ce diſcernement qui nous fait diſtinguer le vrai du faux, le bien réel du bien apparent. Qu'un Médecin diſe à un goutteux de s'abſtenir de vin: s'il n'a pas coutume d'en boire il ſuivra aiſément le conſeil; s'il eſt dans l'uſage d'en prendre, il cherchera mille raiſons pour ſe faire illuſion, & pour interprêter l'avis du Médecin, ſuivant ſes penchans; il s'y conformera, ſelon que la violence du mal le portera à s'y ſoumettre. Mais croyez-vous que ce goutteux fût tenté de boire du vin, s'il étoit ſûr que par là il lui prendroit une goutte remontée, qui le mettroit tout de ſuite au tombeau? Je ne le penſe pas; excepté le ſeul cas, qu'il voudroit hâter ſa mort. Il en eſt ainſi de toutes les actions de notre vie: c'eſt

c'eſt toujours par un défaut de jugement ſur le vrai bien, que nous agiſſons mal, & que nous nous laiſſons entraîner par les paſſions; l'ignorance eſt la ſource de nos maux, parce qu'elle eſt celle de nos erreurs. Ainſi le manque de vertu, que nous trouvons dans le monde, ne doit pas tant être attribué à l'influence, ou à la force de nos paſſions, qu'à notre ignorance & à nos erreurs. Je conclus de là que ſi les ouvrages de Morale & de Droit paroiſſent avoir produit ſi peu d'effet, ce n'eſt pas tant parce que les hommes en général ne veulent pas être inſtruits, ni ſe conduire ſuivant les préceptes de la raiſon; mais parce que bien-loin de trouver dans ces ouvrages une évidence propre à vaincre l'eſprit, & à dompter la volonté, ils n'y voyent ſouvent qu'une diverſité d'opinions, qui doit naturellement les faire chanceler. Comment veut-on que l'eſprit ſoit pénétré d'une vérité ſans connoître le principe dont elle decoule? & comment veut on que des raiſonnemens diffus, & des diſcours vagues, produiſent un effet, dont ils ne ſont pas ſuſceptibles? Tout raiſonnement, tout diſcours qui ne fait que perſuader ſans convaincre, laiſſe néceſſairement l'eſprit diſpoſé à ſe porter d'un autre côté, ſur le premier raiſonnement qui l'y invitera: il n'en faut même pas tant; la première impreſſion paſſée, on n'eſt plus ſi fortement perſuadé; on commence à ſe méfier de ce que l'on avoit adopté; on eſt mécontent de s'être laiſſé ſurprendre; & on ſe hâte d'embraſſer une opinion contraire, dès qu'on la voit avancée. Il n'eſt, vous le ſavez, MONSIEUR, aucun principe de morale ſur lequel on n'aît diſputé; point de vérité morale qui n'aît été combattue: on n'eſt pas même d'accord ſur ce qui doit nous déterminer dans nos volontés, & tenir lieu de flambeau à notre entendement. Tandis que les uns en appellent à la raiſon; d'autres veulent qu'on s'en rapporte à une certaine impreſſion ou impulſion que l'on nomme *ſens moral*. Que réſulte-t-il, & que peut-il réſulter de cette diverſité d'opinions, ſi ce n'eſt un Pyrrhoniſme général. Or dès qu'en morale vous ſuppoſez un Pyrrhonien, vous ſuppoſez un homme qui ſuivra immanquablement ſes penchans & ſes deſirs, ſans s'embarraſſer de ce que les autres nomment bien ou mal, juſte ou injuſte. Je ne trouve donc rien d'étrange dans ce que nous voyons arriver, & je ne ſuis pas même étonné de voir des Avocats ſoutenir les prétentions les plus abſurdes, & de le voir faire quelquefois avec ſuccès. Dès qu'une fois on s'abandonne à des doutes ſur des principes & ſur leur application, on paſſe aiſément à l'idée que tout n'eſt qu'un jeu, dont le meilleur joueur eſt celui qui profite des circonſtances.

PER-

Permettez, Monsieur, que je vous faſſe ſentir la force de ces raiſonnemens par un exemple. Suppoſons deux Tribunaux; l'un compoſé de Juges éclairés; l'autre de Juges qui ne le ſoient pas. Ne penſez-vous pas que le dernier pourra être entraîné à porter une ſentence vicieuſe dans un cas où le premier ſeroit retenu par l'évidence de la cauſe. Toutes choſes d'ailleurs égales, il me ſemble qu'il y a moins à craindre des paſſions, lorsqu'on a affaire à un Juge éclairé, qu'à un Juge qui ne l'eſt point; & quand ce ne ſeroit que cette conſidération ſeule, elle me porteroit à croire, que tous les défauts que nous voyons, ſoit relativement aux cauſes publiques, ſoit par raport à celles des particuliers, ne doivent pas nous empêcher de travailler à rendre les hommes meilleurs. Si la pratique eſt ſouvent ſi peu conforme à la théorie, attribuons-le plutót à un défaut de lumières, qu'à la force des paſſions. Le *video meliora proboque, deteriora ſequor* eſt vrai, lorsque les vérités ne ſe préſentent à notre eſprit que d'une manière confuſe, accompagnées de caractères qui nous font douter de leur réalité: mais lorsqu'elles nous frappent de façon à en être convaincus, il n'eſt pas poſſible que la volonté réſiſte au jugement. Le vice de nos actions prend ſa ſource dans le défaut d'intelligence: & c'eſt à ce défaut que l'on doit attribuer tous les écarts des hommes, parce que ce défaut en eſt la première origine.

Les vérités ſont, vous le ſavez Monsieur, toutes ſubordonnées les unes aux autres: ſi l'on ne connoît pas cette ſubordonnation, ſi l'on n'en voit pas la chaîne, on marche à tâtons. Dès que j'entends un principe, il faut que je ſache s'il eſt dépendant de quelque autre principe plus univerſel, & s'il en emprunte ſa force: ſi je l'ignore, je ne puis ſavoir, & je dois douter, ſi ce principe ne ſera pas combattu par quelque autre. C'eſt bien cela, à mon avis, qui fait que dans toutes les cauſes on peut hardiment ſoutenir le pour & le contre. En effet, quoi de plus facile que de trouver un principe pour en combattre un autre, dès qu'on n'a point égard à leur dépendance & à leur ſubordination? La méthode de Socrate eſt merveilleuſe poûr nous convaincre de ce que j'obſerve ici: auſſi eſt elle par-là la meilleure pour la réfutation. Par des demandes réïtérées, elle ramène la propoſition qu'on ſoutient à un principe: & en dévéloppant ce principe, elle en fait voir la contradiction avec le cas auquel on l'applique. De tout cela je conclus, que le peu de fruit que les Ouvrages de Juriſprudence ont fait jusques à préſent, ne peut pas ſervir de raiſon pour n'en plus donner ſur ce ſujet; & qu'au contraire il

doit nous engager à en donner qui n'aiant pas le défaut dont on peut se plaindre, fassent un plus heureux effet. C'est là ce que l'Auteur de l'Ouvrage dont je publie la traduction, s'y est proposé. Je ne connois aucun livre dans lequel les principes du Droit soient à la fois si bien établis, & si clairement exposés; & c'est à mon avis de tous les livres élémentaires, celui qu'il convient le plus de mettre entre les mains de la jeunesse, quand ce ne seroit que pour former l'esprit à une marche réglée, & l'accoutumer à l'exactitude & à la précision. S'il n'est pas donné à l'homme de réussir dès le premier essai, ce seroit méconnoître l'humanité, que de juger notre Auteur sur les méprises qui peuvent lui être échappées: la méthode qu'il a suivie, nous met sur les voies de pouvoir le corriger; c'est un avantage de plus qui lui est particulier, & qui suffiroit seul pour lui donner la préférence sur tous les autres.

Apres les réflexions que vous m'avez communiquées sur le dessein de publier la traduction dont il est ici question, vous m'en faites d'autres sur le Commentaire dont je l'ai augmentée. Vous concevez bien, dites-vous, que je puisse ajouter par-ci par-là des remarquas pour éclaircir ou illustrer l'Auteur, mais vous ne concevez pas comment il m'est venu dans l'idée d'y mêler le Droit Romain. Dans le tems, (ajoutez-vous) qu'on ne possédoit point de livres sur la Jurisprudence Universelle, on a cru bien faire d'en chercher la connoissance dans cette immense collection de Rescripts, d'Edits, de Sentences, & de Décisions qui composent ce que l'on nomme le Droit Romain; & peut-être n'a-t-on pas eu tort: mais aujourd'hui, que l'on a épuisé cette Sçience, je ne vois pas à quoi bon recourir à la Législation d'un peuple, dont la Religion, le Gouvernement, les Moeurs & les Usages sont si différens de ceux de notre tems. D'ailleurs, (continuez-vous) quel a été le fruit de l'étude du Droit Romain? celui qu'ont ordinairement les choses dont il est plus facile d'abuser que d'user. Au-lieu de se borner à y puiser comme dans une source pure, des connoissances générales pour en faire avec discernement l'application suivant les cas, les circonstances & la nature du Pays où on vouloit en faire usage, on a pris la Législation Romaine pour le Droit Civil de l'Univers; & quelle que fût la différence d'un pays à l'autre, soit pour la forme du Gouvernement, soit pour la Religion, les Moeurs, les Us & Coutumes, & les différens genres de vie & d'occupation, on l'a adoptée cependant comme un Corps de Loix émanées du Souverain, dont sans crime on ne pouvoit s'écarter sans un acte

for:

formel, qui en marquât l'abrogation? On a imité ces Médecins mal-habiles qui donnent les remèdes ſans conſulter ni le climat du pays, ni le tempérament du malade. Repréſentez-vous, (voilà comme vous continuez) un Apprentif Architecte, qui après avoir étudié l'Architecture Civile, allât faire l'application de ce qu'il ſauroit ſur l'art de bâtir des maiſons & des palais, à des navires & à des bâtimens de mer. On a pouſſé l'abſurdité plus loin encore. D'abord on a étudié le Droit Romain comme un corps de Sçience très-propre à augmenter nos lumières, & à guider notre entendement: enſuite on s'eſt imaginé que c'étoit la ſource unique dans laquelle on pouvoit puiſer les vérités relatives à nos devoirs & à nos obligations; on a perdu de vue toutes les autres Sçiences qui y ont raport, & bientôt on s'eſt figuré que le précepte, *Ne faites tort à qui que ce ſoit*, n'étoit vrai, que parce qu'il ſe trouve dans les *Inſtitutes* de JUSTINIEN. Voilà (ajoutez-vous) comme les erreurs ſe ſont multipliées. On n'en eſt pas demeuré là. Comme il eſt néceſſaire de bien entendre le Latin pour ne pas ſe tromper ſur le véritable ſens des Diſpoſitions du Droit Romain, on s'eſt perſuadé, & on a eu raiſon de ſe le perſuader, qu'on ne pouvoit être bon Jurisconſulte ſans poſſéder à fonds la langue latine: mais par un penchant de l'eſprit, aſſez ordinaire à ceux qui ſe contentent d'une logique naturelle, on a identifié & confondu deux propoſitions inverſes, & on s'eſt perſuadé ſans raiſon, qu'il ſuffiſoit d'entendre le Latin pour être Jurisconſulte; défaut de jugement, qui, ſuivant vous, a fait ſouvent remplir des chaires de Profeſſeur en Droit par des Savans qui ne poſſédoient pas les premiers élémens de cette Sçience.

VOUS me demandez, après ces réflexions, s'il n'eſt pas ridicule de voir dans un pays de commerce, une chaire de Profeſſeur en Droit Civil occupée par un perſonnage, qui, ſi on lui propoſoit une queſtion d'aſſurance, de groſſe avarie, de lettres de change, ne ſauroit y répondre qu'autant que le Droit Romain l'éclaireroit? Ce n'eſt pas encore tout. Des jeunes gens élevés dans ce goût, & n'ayant d'autres connoiſſances acquiſes que celles qu'ils ont puiſées bien ou mal dans les Digeſtes & le Code, vont enſuite remplir les Tribunaux des préjugés & des erreurs qu'ils ont pris aux leçons de leurs maîtres; & bientôt les Juges ne connoiſſant non plus que les Avocats, d'autre Droit que celui des Romains, il n'y a pas jusqu'à la conſtitution originaire du Pays, qui n'y ſoit ſoumiſe, & qui n'y ſoit pour ainſi dire adaptée. Le bon-ſens, dites-vous,

 le

le bon-ſens ſeul nous guideroit mieux que l'eſprit ſi mal cultivé: & ſur cela vous me témoignez votre étonnement ſur l'utilité que je trouve dans l'étude du Droit Romain. Vous me demandez ſi je ne dois pas louer la ſage prévoyance des Pairs d'Angleterre, qui du tems de Henri II. donnèrent aux Eccléſiaſtiques, qui vouloient faire adopter dans ce Royaume le Droit Romain, cette belle réponſe: *nolumus leges Angliæ mutari?*

Ces réflexions, Monsieur, ſont toutes très ſenſées; mais prendrons-nous l'abus d'une choſe, pour preuve qu'elle ne merite pas nos ſoins? J'avoue que l'étude du Droit Romain eſt vaine, ſi elle ſe borne à ſavoir qu'Ulpien, Gajus, Labeo, Modestinus, ou tel autre Jurisconſulte de l'Ancienne Rome, aît été de tel ou tel avis dans tel ou tel cas particulier. Vous avez raiſon de dire, que ce n'eſt pas cette connoiſſance que l'on demande dans la Société Civile ni à un Avocat, lors qu'on vient le conſulter, ni au Juge, lorsqu'on lui porte une cauſe à décider. Je conviens avec vous, que la plupart de ceux qui ont recommandé & qui recommandent encore aujourd'hui l'étude du Corps du Droit Romain, ſemblent ne pas avoir fait aſſez d'attention à la première utilité qu'on peut, & que l'on devroit, ce me ſemble, en retirer. Cette étude nous eſt communément repréſentée, il eſt vrai, comme la meilleure voie de s'initier dans la Jurisprudence; c'eſt dans les Inſtitutes qu'on doit puiſer des notions générales; les Pandectes & le Code doivent enſuite étendre ces notions. Il eſt vrai encore, que l'étude du Droit Romain n'a eu dans ſon origine d'autre but, que celui de former l'esprit à la connoiſſance du Droit; & que l'uſage n'en a été admis dans les Tribunaux, que pour ſervir de flambeau aux Juges, & non pas pour tenir lieu de loix proprement dites. J'avoue qu'on s'eſt extrêmement écarté de ce premier but; mais qu'en conclure raiſonnablement? que l'on ne peut retirer aucun fruit de l'étude du Droit Romain? Je ne puis, Monſieur, ſouſcrire à cette conſéquence.

Nos lumières & nos études doivent (vous le faites ſentir) produire deux effets: l'un, de connoître la vérité; l'autre, de faire l'application des vérités que nous connoiſſons aux cas qui ſe préſentent dans la vie. Le talent d'acquérir des connoiſſances n'eſt pas celui qui eſt le plus précieux, & le plus utile: l'art d'en faire une heureuſe application l'eſt infiniment davantage. Vous en faites l'obſervation: & je parle d'après vous.

Il

Il ne ſert de rien à un Malade, qu'un Médecin très-ſavant & très-docte, approche de ſon lit, lui tâte le pouls, & lui faſſe des queſtions, s'il n'a pas le talent de ſaiſir l'état du malade, ou de ſe rapeller les moyens qui peuvent contribuer à ſa guériſon. Toutes les connoiſſances de Phyſique & de Mathématique, ſont inutiles, ſi dans le tems que la néceſſité publique demande des ſecours, on ne ſait rien imaginer ni inventer. Le moindre Artiſan vaut alors plus que le plus habile Calculateur. Il en eſt de même, je l'avoue, du Juriſconſulte. Qu'il poſſède à fonds tout ce que les plus grands hommes ont penſé ; qu'il aît médité toutes leurs différentes opinions; qu'il aît pénétré les motifs ſur lesquels elles ſont fondées; ſes connoiſſances n'aboutiront à rien, & ne ſeront qu'à pure perte, s'il ne ſait pas en faire une application convenable. Mais de là même je conclus, que puisque toute étude doit tendre à deux fins; l'une d'acquérir des connoiſſances, l'autre d'acquérir le talent, ou du moins l'habitude d'en faire l'application; & qu'il ne ſuffit pas de remplir le premier de ces deux objets; j'en conclus, dis-je, qu'il eſt même eſſentiel de chercher & d'employer dans l'étude du Droit, un moyen qui nous mette en état de remplir auſſi le ſecond; or il me paroît que l'étude du Droit Romain eſt admirable pour cela. La Législation Romaine, telle qu'elle nous a été transmiſe dans les Digeſtes & dans le Code, eſt, il eſt vrai, proprement une compilation de cas particuliers avec leurs déciſions, & en grande partie un aſſemblage de ſentimens & d'opinions ſur des cas qui peuvent exiſter: nous n'y voyons que très-peu de principes généraux; ceux qui y ſont, s'y trouvent répandus ſans ordre & ſans liaiſon: il eſt vrai, que lorsqu'on veut faire l'application du Droit Romain à quelque cas, on eſt obligé de chercher à tirer quelque principe d'une ou de pluſieurs de leurs Déciſions particulières, pour y appliquer enſuite la queſtion du cas à décider; & il eſt également vrai, que comme le principe dont on ſe munit de cette façon, eſt tout-à-fait iſolé, que la vérité n'en eſt pas toujours ſenſible & frappante, que ſouvent même il ſe trouve en contradiction avec un autre principe; il eſt également vrai, dis-je, que ce défaut rend l'uſage du Droit Romain ſi incertain & ſi variable, qu'il ne faut pas s'étonner de rencontrer cette incertitude & cette variation dans les Tribunaux.

Je crois, Monsieur, avec vous, que les *Inſtitutes* de Justinien auroient pu y remédier en quelque façon, s'ils avoient été compoſés dans un ordre plus naturel, & plus méthodique; ſi les définitions avoient

été toujours également exactes & lumineuses; & si on y avoit fait sentir comment les principes généraux doivent être employés pour nous bien guider dans les décisions à porter sur les cas qui peuvent se présenter. Il semble que les Commentateurs n'ont pas pénétré tout l'inconvénient de ce défaut: du moins n'ont-ils pas travaillé à y remédier. Mais malgré cela, & nonobstant la vérité de tout ce que vous pouvez encore m'alléguer à cet égard, je ne vois pas qu'on en puisse conclure, qu'il est inutile de travailler à la perfection de la Jurisprudence, & que l'étude du Droit Romain ne peut y contribuer. Il me semble qu'en bonne logique, on peut uniquement en conclure, qu'on n'a pas tiré tout le parti possible des matériaux qu'on avoit sous la main: & je crois pouvoir prendre cette conséquence même en ma faveur; & vous l'alléguer comme une raison qui doit vous faire approuver mon travail, si ce n'est pas, MONSIEUR, par rapport à l'exécution, du moins pour le but que je me suis proposé. Je me le persuade d'autant plus, que je me propose de remédier en quelque manière par-là, à l'inconvénient que vous avez si fort pressé; savoir, que toutes nos connoissances sont vaines, si on ne sait pas les employer à propos & avec discernement.

DES que vous m'accordez, MONSIEUR, que nous devons nous proposer dans nos études deux fins, l'une d'acquérir des connoissances, l'autre de nous mettre en état d'en tirer parti: dès que vous m'accordez que la voie la plus sûre & peut-être l'unique qui puisse nous conduire à des connoissances solides, est d'analyser nos idées, de les ramener à ces premières vérités que l'on nomme principes, d'examiner ces principes dans leurs différens rapports & leurs différentes combinaisons, & d'en dévélopper ensuite les conséquences; que c'est là la voie de parvenir à une Sçience proprement dite: & si d'ailleurs vous m'accordez que l'art d'en faire l'application ne peut s'acquérir qu'en se faisant une habitude d'examiner comment les principes d'une Sçience peuvent être employés dans les différens cas, relatifs à cette Sçience, vous m'accorderez, j'espère, que l'ouvrage que j'ai l'honneur de vous présenter, peut servir à remplir également ces deux fins. Les Institutions de Mr. WOLFF (je l'ai déjà remarqué) offrent dans un ordre suivi les principes les plus généraux de la Jurisprudence Universelle: elles en font voir la liaison & la combinaison; elles nous conduisent par un dévéloppement simple de ces principes aux propositions les plus compliquées. Tout y est lié: tout s'y tient. Supposé que le Philosophe n'eût fait aucun écart, qu'il lui eût été possible de ne

se

ſe méprendre ni de ſe tromper jamais; ſes élémens formeroient un Livre parfait en ſon genre; on n'auroit qu'à y ajouter ſon grand ouvrage pour acquérir les connoiſſances les plus juſtes & les plus ſolides du Droit Univerſel. Cependant on manqueroit encore le ſecond but qu'on doit ſe propoſer dans les études, celui de ſe mettre en état d'en faire l'application. Or rien de plus propre que l'étude du Droit Romain pour remplir ce ſecond objet. Quand on ne l'employeroit que pour cela, il ſeroit toujours d'une utilité infinie. Les Pandectes & le Code contiennent une collection immenſe de cas décidés. Les déciſions ſûrement ont été portées ſur des motifs: quelquefois les motifs y ſont énoncés; d'autres fois ils ſont indiqués: mais pour la plupart ils ont été omis. PAULUS (dit un Jurisconſulte célèbre) *quæſtionem finit exemplis. Utinam regulam poſuiſſet! ultro liqueret ſententia. Nunc conjecturis agendum eſt.* On peut faire la même remarque ſur les autres parties du Droit Romain. Or tant qu'on ignore les motifs d'une déciſion, d'un Edit, d'un Reſcript, il eſt impoſſible de juger, ſi dans tel ou tel cas on peut admettre la déciſion portée dans un autre cas, quelque conformité que les deux cas puiſſent ou ſemblent avoir enſemble. Par conſéquent, ſi au lieu de ſe borner à ſavoir que GAJUS ou LABEO a décidé tel cas de telle manière, on tâche de découvrir le principe ou la raiſon de cette déciſion; ſi on examine comment les cas qu'on trouve expoſés dans le Droit Romain peuvent être réſolus par les principes que l'on connoît; ſi l'on recherche comment on peut démêler la vérité dans un cas donné, de la vérité générale reconnue dans un autre cas, on doit inſenſiblement contracter l'habitude & la facilité de réſoudre les queſtions qui peuvent ſe préſenter, & d'en appliquer les motifs de déciſion à d'autres cas. Voilà, MONSIEUR, pourquoi je ne me ſuis pas contenté d'éclaircir les endroits de mon Auteur, qui me paroiſſoient l'exiger; voilà pourquoi je ne me ſuis pas borné non plus à dévélopper de tems en tems ſes idées; & que je me ſuis particulièrement appliqué à faire voir comment les vérités du Droit Naturel peuvent ſervir à décider une infinité de questions, que les affaires des particuliers ſont naître dans l'état civil; & comment on peut au moyen de ces mêmes vérités, rendre raiſon d'une infinité de déciſions repandues dans le Droit Romain. Vous jugerez, MONSIEUR, ſi j'ai réuſſi, & à quel point j'ai réuſſi. Peut-être ſerez-vous étonné de voir l'accord qui règne entre notre Philoſophie & celle qui paroît avoir guidé les Juriſconſultes Romains: & peut-être que cet accord ſera revenir ceux qui s'imaginent que la Philoſophie ne doit avoir aucune part à l'étu-

l'étude du Droit; & que pour être bon Jurisconſulte, il ne faut abſolument rien ſavoir de la Philoſophie.

Outre le fruit que nous pouvons retirer de l'étude du Droit Romain, dont je viens de parler, il en eſt un autre, auquel on ne ſonge pas asſez, & qui mérite bien cependant, qu'on y faſſe attention: c'eſt qu'elle eſt encore très-propre à accoutumer l'eſprit à l'exactitude, à la netteté, à la préciſion. Rien de plus exact, de plus net & de plus précis, que la manière dont le Jurisconſultes Romains propoſent les cas, en fixent le ſens, & en déterminent le point en queſtion: attentifs au Droit, ils devoient l'être encore à la nature du moyen par lequel il falloit le pourſuivre; la moindre mépriſe gâtoit tout. Jusques à leurs formules, tout contribuoit à les rendre concis, nets & clairs. Quelque avantage que notre manière de procéder puiſſe avoir acquis en débaraſſant le Barreau de la néceſſité de s'exprimer ſur la nature de l'action qu'on intente, & d'y conformer la cauſe, peut-être eſt-ce encore un problême de ſavoir, ſi on y a plus gagné que perdu. D'un côté, il eſt vrai, les plaideurs ne ſont pas tant expoſés à perdre un procès par la forme, lorsqu'ils ont raiſon pour le fonds; mais d'un autre côté, il faut convenir qu'aujourd'hui on court ſouvent risque de perdre ſa cauſe, parce que l'état de la queſtion a été ou mal expoſé ou mal ſaiſi. En tout cas, il eſt toujours certain, qu'un eſprit accoutumé à la ſcrupuleuſe attention des Jurisconſultes Romains, ſera bien plus exact & précis dans les affaires, que tout autre; quoique cette ſcrupuleuſe attention puiſſe rendre quelquefois les hommes pointilleux & chicaneurs, comme vous le remarquez; car outre que c'eſt là un défaut qui ne réſulte pas eſſentiellement de l'étude du Droit Romain, on l'évitera aiſément, je penſe, pour peu qu'on veuille donner quelques momens d'application à l'étude de la Philoſophie.

Voila, Monsieur, mes idées, les raiſons qui m'ont porté à commenter mon Auteur, comme je l'ai fait; & celles qui me font croire, que mon travail pourra être de quelque utilité. Je les ſoumets à votre jugement, & ſuis avec tout le reſpect poſſible,

MONSIEUR,

Votre très-humble & très-obéiſſant Serviteur,

ELIE LUZAC.

A Leyde,
ce 9e. Avril 1772.

AVIS

A V I S.

CE *que j'ai dit dans la Dédicace qu'on vient de lire suffit pour instruire le Lecteur des motifs qui m'ont engagé à publier la traduction françoise des* Institutions du Droit de la Nature & des Gens *de* Mr. WOLFF, *avec les Notes que j'y ai ajoutées. Ces Notes remplissent en quelque manière les desirs de ceux qui (à ce que notre Auteur nous apprend)* (*) „ ont souhaité que quelqu'un voulut prendre la peine „ d'ajouter à chaque définition & proposition, des Loix tirées du Droit „ Civil, ou même du Droit Canon, ou qu'au défaut de ces Loix, il y „ suppléât par quelques passages, pris des Interprêtes du Droit ou des „ Jurisconsultes."

LE *Traducteur ayant mis quelques Notes à sa Traduction, j'ai cru devoir les conserver, & pour les distinguer des miennes, je les ai marquées des trois lettres* R. d. T. Remarques du Traducteur.

QUOIQUE *je puisse me dispenser de répondre aux critiques que l'on a faites sur ces* Institutions, *il en est cependant une que je ne crois pas devoir passer sous silence. Quelques personnes & même des personnes d'esprit ont trouvé que notre Auteur s'est dégradé en quelque façon, en s'arrêtant à des propositions minutieuses, en définissant des objets trop simples & trop connus pour mériter cette attention, & en démontrant des vérités dont on n'a jamais douté. Si notre Auteur ne s'étoit fait un devoir de ne rien avancer sans définition & sans démonstration, cette censure seroit peut-être juste ; mais l'est-elle dès qu'on lui suppose ce devoir? Quant à moi elle ne me paroît pas plus fondée que celle que l'on feroit de la demande d'*EUCLIDE de pouvoir décrire une ligne d'un point donné à un autre point donné. *Lorsqu'on s'assujettit à la rigueur*

(*) Voyez la Preface de notre Auteur, dont nous avons donné la traduction au commencement du Chap. I. 1. Sect. de la 3. Part.

gueur de la démonſtration les propoſitions, qui paroiſſent les plus ſimples & les plus minutieuſes, ſont celles qui méritent plus que toute autre d'être bien établies, parce que la certitude de celles qu'on y fonde en dépend entièrement. Bien loin donc de regarder la ſcrupuleuſe attention, qu'on reproche à notre Auteur, comme un défaut, on doit au contraire lui ſavoir gré de nous avoir inſtruit par ſon exemple à ne pas paſſer légèrement par deſſus des objets, quelques ſimples qu'ils puiſſent être, & à ne pas négliger de fournir des démonſtrations de toutes les propoſitions, quelque évidence qu'elles puiſſent avoir à nos yeux.



AVERTISSEMENT

DU

TRADUCTEUR.

Lecteurs, qui ne cherchez dans un ouvrage que l'amuſement ou le charme de vos oreilles, ou qui ne ſavez pas gouter l'inſtruction dépouilée des graces du ſtile, gardez vous d'ouvrir ce livre, ou refermez-le promptement. Mais pour vous, qui plus curieux de choſes que de mots voudriez aiſément & à peu de frais, ſans dévorer de vaſtes volumes, aquérir des connoiſſances raiſonnées & ſolides ſur une ſcience infiniment utile à l'homme, la ſcience de la vertu, de vos devoirs, de vos obligations & de vos droits, prenez & liſez; nous ne pouvons trop vous recommander cet abregé.

Le nom de Mr. Wolff, & ce qu'on va lire dans la préface qu'il a miſe à la tête de cet ouvrage, & où l'on en trouve un tableau en racourci, nous diſpenſent de nous étendre ſur ſon mérite, ſon but & ſon utilité; nous nous contenterons de dire que c'eſt la quinteſſence, & la moëlle de onze volumes *in-quarto* dont l'Auteur a eu l'art de raſſembler ici toute la ſubſtance; que quelque peu volumineux que ſoit cet ouvrage, on peut le regarder comme un des cours les plus complets qu'il y ait ſur le Droit de la Nature & des Gens; qu'on y retrouve pour ainſi dire tout *Grotius*, & tout *Puſendorff*, & ſur bien des choſes des détails qu'on ne trouve pas dans ces fameux auteurs; & qu'enfin, par l'attention qu'a eue Mr. Wolff d'y faire entrer les regles & les déciſions du droit Romain, on ſera étonné, après avoir bien étudié cet abrégé, de ſe trouver très avancé dans la Juriſprudence Civile.

Nous ne dirons que quelques mots ſur cette traduction. Regardant la briéveté de cet ouvrage comme un de ſes principaux mérites, nous n'avons eu garde de le lui ôter par des additions dont l'occaſion ſe ſeroit ſouvent preſentée; nous ne nous ſommes permis qu'un petit nombre de notes, qui ne groſſiſſent point ce volume; & ç'a été plutôt pour rendre raiſon du parti que nous avions pris en traduiſant des endroits embaraſſans, que pour

 éclair-

éclaircir le texte qui en a rarement besoin pour des lecteurs attentifs, & soigneux de recourir aux articles auxquels Mr. WOLFF renvoye, pour servir de démonstration ou d'éclaircissement à ceux qu'il traite actuellement.

Quelquefois nous avons cru que quelques mots ajoutés au texte pourroient rendre le sens plus clair & plus net, & nous épargner une note qui tiendroit plus de place; mais nous ne nous sommes donné que très rarement cette liberté, & ç'a toujours été avec la précaution de renfermer entre des guillemets le peu de mots que nous ajoutions.

Ce qui a contribué le plus à abréger cet ouvrage c'est la méthode mathématique qu'a suivie Mr. WOLFF en renvoyant aux définitions, ou aux propositions précédentes pour l'explication, ou les preuves des suivantes, au lieu de rapeller & d'exprimer au long chaque principe toutes les fois qu'il en a voulu faire l'aplication. Mais si l'on veut tirer tout le parti possible de cette lecture, il ne faut pas être paresseux à recourir aux articles indiqués toutes les fois qu'on ne se les rapellera pas bien distinctement. Ces principes auxquels notre auteur renvoye sont, comme nous l'avons dit, des définitions ou des propositions. Pour qu'on n'eut pas besoin de relire tout l'article indiqué, Mr. WOLFF a eu soin, (& nous l'avons suivi scrupuleusement en cela) de distinguer, par des caractères Italiques, le mot de la définition, ou la proposition toute entière, en sorte qu'on peut d'un coup d'oeil voir ce qu'on doit se rapeller de ce qui précéde, pour entendre ce qu'on lit; on comprend aisément que cela engage à des répétitions de mots qu'on auroit pu éviter, si l'on n'avoit pas voulu avoir chaque sentence à reprendre dans la suite, bien renfermée, bien arrondie, & bien terminée; mais nous n'avons pas hésité à passer par dessus ce léger inconvenient pour l'utilité.

Par la même raison nous n'avons pas été scrupuleux à adopter en François des mots d'arts Latins, sujets de définitions, & par conséquent devant servir de principes dans la suite. Nous ne pouvions nous donner à cet égard la liberté qu'a pu prendre Mr. *Barbeyrac*, d'user de périphrases, lorsqu'il manquoit un seul mot François pour rendre un mot Latin, dans les excellentes traductions qu'il a données d'auteurs moins méthodiques que Mr. WOLFF. Nous avons ordinairement rendu raison du parti que nous avons pris dans ces occasions.

A SON ALTESSE ROYALE

GUILLAUME AUGUSTE,

PRINCE DE *PRUSSE.*

MONSEIGNEUR!

La vérité & la justice sont les appuys des Etats; ils tombent en ruine dès que ces appuys leur manquent. La justice ne peut jamais exister séparément de la vérité, à moins que les mœurs reçues & fondées sur l'opinion n'y supléent en quelque manière, en en prenant la trompeuse apparence. En effet la justice consiste dans une volonté constante & perpétuelle de rendre à chacun son droit, & par conséquent de ne léser personne, ou de ne faire aucune injure à qui que ce soit. Or il est impossible de connoitre à fonds le droit, sans connoitre en méme tems ce qui est bon, équitable, & conforme à l'équité. Le Juste ne fait donc rien qu'avec le sentiment de son devoir, & avec le desir d'agir droitement, & c'est ainsi qu'il aquiert une gloire réelle & solide à laquelle les traits de l'envie ne sauroient atteindre. Ce qui fait la bonté, l'équité, & la rectitude des actions humaines, ce n'est pas l'opinion des hommes qui n'a rien de stable, & qui ne s'accorde pas en toutes choses avec elle méme; mais

le principe qui les rend bonnes, équitables, & droites est dans la nature même de l'homme, & sa raison suffisante est dans l'essence & dans la nature des choses. L'opinion est donc bien différente de la vérité qui tire son éternité & son immutabilité de l'essence même, & de la nature immuable des hommes & des choses. D'ailleurs l'opinion, ne pouvant produire une conviction ferme & inébranlable, ne sauroit non plus rendre la volonté constante & perpetuelle, mais souvent l'esprit, qui n'a d'autre guide, flotte dans l'incertitude, ou s'égare, dans les choses qui ont quelque difficulté. La verité seule, qui est une & immuable, & qui n'en impose jamais est la mére de la constance & de la perpétuité. C'est ce qui m'a engagé a reduire en un systéme abregé, mais proprement ainsi nommé, ce droit pur & sacré que la Nature elle-méme a établi entre les individus de l'espèce humaine & entre les actions, fondement inébranlable de la félicité du genre humain. J'en ai tiré les principes & les regles de la nature même de l'homme par une enchainure continuelle, & je me suis appliqué à y étre bref, pour étre utile à un plus grand nombre de gens, toujours attentif cependant à ne pas sacrifier la clarté à la briéveté. Comme je suis pleinement convaincu, MONSEIGNEUR! *qu'ami comme vous l'étes de la vérité & de la justice vous ne desaprouverez pas un travail qui leur est consacré, je prends la liberté d'offrir humblement à* VOTRE ALTESSE ROYALE *cet ouvrage peu considérable à la vérité par son volume, mais important par son utilité, & par l'abondance des choses qu'il contient, me recommandant en même tems à votre indulgence, & faisant des vœux sincères pour qu'il plaise au ciel de vous conserver. Je suis,* MONSEIGNEUR!

DE VOTRE ALTESSE ROYALE,

Le très-humble & très-soumis Serviteur,

CHRISTIAN L. B. DE WOLFF.

PREFACE

DE

L'AUTEUR.

Après avoir achevé l'ouvrage important du Droit de la Nature & des Gens, j'ai rassemblé en un abrégé, pour être utile à un plus grand nombre de personnes, ce que j'avois traité au long dans cet autre ouvrage, & je le publie aujourd'hui sous le titre *d'Institutions du Droit de la Nature & des Gens.* Je dois rendre compte de cette entreprise.

Aimant pour ainsi dire naturellement la vérité &, comme je l'ai dit souvent, ne m'étant appliqué à l'étude des mathématiques que pour connoitre à fonds la cause de cette grande certitude qu'on trouve dans la géométrie, je n'ai rien eu plus à cœur après l'avoir connue, que de mettre la vérité dans un plein jour, & de ne l'embrasser que par une pleine conviction. C'est dans la même disposition que je me suis mis à étudier le droit, & j'ai trouvé que la source de tout droit est dans la nature humaine. Les anciens l'avoient dit depuis longtems, & les modernes l'avoient répété après eux, mais sans le démontrer & je m'en suis parfaitement convaincu. Par là non seulement j'ai vu comment nous sommes obligés par la nature même à faire ou à ne pas faire certaines actions, mais j'ai connu aussi toute l'étendue du droit naturel, par laquelle il embrasse toutes les actions humaines quelles qu'elles soient; & j'ai compris enfin comment les droits positifs doivent se tirer du droit naturel, pour qu'à l'abri de toute censure de la part du tribunal de la raison, ils n'aient point à craindre qu'elle les condamne. Il suit naturellement de là qu'il y a une vérité dans tout droit positif comme dans le droit naturel, qu'il est susceptible de démonstration & qu'on peut discerner surement & exactement ce qui est de droit d'avec ce qui ne l'est pas. En effet comme le droit naturel doit diriger la volonté de tous les hommes dans chacune de leurs actions, il doit diriger aussi la volonté du législateur, dont la liberté naturelle, non plus que celle de chaque homme, n'anéantit point l'obligation. Tout cela ne pouvoit donc être mis dans un plein jour qu'en suivant les traces d'*Euclide*, rigide observateur des loix d'une saine logique, c'est-à-dire en expliquant chaque terme par une définition exacte, en déterminant suffisamment le sens de chaque proposition, & en rangeant soit les définitions, de façon que les précédentes fissent pleinement entendre les suivantes, soit les propositions, de façon que la verité de chacune parut par celles qui les précédent.

Pour parvenir à ce but, j'ai entrepris de démontrer le Droit de la Nature & des Gens dans un grand ouvrage que j'ai achevé depuis peu, & je ne doute point, sans prétendre en tirer vanité, que je n'aye répandu du jour sur toute la jurisprudence, & qu'on ne comprenne enfin ce qu'avoit dit élegamment *Ciceron*, qu'il faut puiser la science du droit non dans les loix des douze tables, & dans les édits des préteurs, mais dans la philosophie. Car non seulement il règne un parfait accord entre les loix naturelles étendues à tous les droits tant privés, que publics, & des gens; mais encore, si l'on mesure les loix positives, dans les choses où elles s'écartent des loix naturelles, sur la règle de celles-ci, suivant la théorie naturelle des loix civiles, ou positives, partie importante du droit naturel quoique négligée jusqu'ici, on verra naitre un concert admirable entre la jurisprudence naturelle & civile, où tout se correspond, & s'accorde.

Ceux qui étudient la jurisprudence ignorent la plûpart la méthode qui seule conduit à la science proprement dite, & ne voyent point toute l'étendue du droit naturel. Ainsi notre grand ouvrage ne paroit pas accommodé à leur goût, beaucoup moins est-il à la portée des commençans, pour qui la prolixité même est un obstacle. C'est pourquoi me trouvant chargé d'enseigner le Droit de la Nature & des Gens, j'ai dû travailler à conduire à une science solide & certaine du droit la jeunesse avide de la connoissance des loix, & frayer aux prêtres de Thémis un chemin uni vers le sanctuaire de la justice, pour qu'ils cessent de trouver trop long le chemin que j'ai suivi dans l'ouvrage de la Nature & des Gens. Pour cela j'ai renfermé dans ces institutions toutes les définitions & les propositions contenues dans mon grand ouvrage, à la reserve d'un petit nombre aisées à entendre au moyen de celles que j'ai retenues, & j'ai tâché ainsi de ne rien omettre de ce qui apartient au droit privé, public, universel & des gens. Outre cela, j'ai eu grand soin, ce qui étoit essentiel, qu'on put voir les raisons suffisantes de chaque proposition, & de ne rien supposer dans les définitions, qui put laisser encore quelque obscurité dans l'esprit, & empêcher qu'on ne les comprit parfaitement. Pour cela j'ai arrangé toutes choses de façon que les suivantes fussent liées avec les précédentes, & que celles-ci repandissent sur celles-là un jour non interrompu. Je n'ai pu à la vérité développer les raisons autant que l'exige la rigueur de la démonstration, & donner, comme je l'ai fait dans mon grand ouvrage, des démonstrations complétés; le but que je me propose à présent ne me le permettoit pas. Cela n'empêche pas cependant qu'on ne trouve les vraïes raisons de chaque chose, pleinement suffisantes pour ceux dont les yeux ne pourroient pas encore souffrir une vive clarté; car tout le monde ne peut pas, & personne ne peut d'abord contempler le soleil même avec des yeux d'aigle, mais tous dans les commencemens sont éblouis dans un grand jour, & s'y trouvent comme dans les ténébres. Mais la lumière de l'esprit venant à s'accroitre successivement, il arrive, par la manière dont

dont les hommes font faits, que ceux qui croyoient ètre dans la plus grande lumière, en fouhaitent une plus grande encore, & qu'ils defirent avidement ce qui les rebutoit auparavant, ne pouvant plus fe contenter que de démonftrations à la manière d'*Euclide*. On s'affurera ainfi enfin complétement, que quelque volumineux que foit notre grand ouvrage fur le Droit de la Nature & des Gens, nous n'y avons point cherché des détours inutiles, & que nous ne pouvions aller au but par un chemin plus court.

Pour montrer au refte en racourci, & comme d'un coup d'œil, comment tous les droits des hommes découlent de la nature humaine comme de leur fource, il me refte encore quelque chofe à dire dans cette préface.

L'homme eft compofé d'une ame & d'un corps, & comme celui-ci eft formé de différens organes dont les fonctions tendent conjointément à un certain but commun, les organes vitaux par exemple tendent à la confervation de tout le corps, ou de fa vie & de fa fanté, ainfi l'ame eft revêtue de différentes facultés par l'ufage réuni defquelles l'homme doué de la raifon qui le diftingue des autres animaux, devient propre à mener une vie conforme à cette raifon. Cette aptitude des organes du corps à remplir leurs fonctions, des facultés de l'ame à l'ufage auquel elles font deftinées de faire mener à l'homme une vie d'homme, forment fa perfection effentielle.

Comme la nature toujours intimément unie à la vérité ne fouffre point la contradiction ennemie éternelle de la vérité, la feule direction des actions humaines qui lui convienne, c'eft qu'elles foient déterminées par les mêmes raifons finales que les naturelles, & qu'ainfi elles tendent enfemble au même but les unes & les autres, & cette aptitude à déterminer ainfi & non autrement les actions libres fait la perfection accidentelle de l'homme, qui jointe à fa perfection effentielle forme la perfection totale.

De là vient que les actions libres des hommes font diftinguées par une bonté & une malice intrinféque, & comme l'homme eft généralement déterminé par la nature à rechercher le bien, & à fuir le mal, la bonté intrinféque des actions eft un motif à les faire, & leur malice intrinféque eft un motif à ne les pas faire, d'où nait une obligation naturelle; & la direction des actions de la manière dont nous l'avons dit, devient une loi dictée par la nature elle-même.

Pour que l'homme puiffe remplir cette obligation, il doit avoir auffi la faculté de faire ce, fans quoi il ne peut la remplir, & de là découle comme de fa fource le droit foit à l'ufage des chofes, foit à certains actes.

De

De plus telle eſt la nature des hommes que ce n'eſt qu'en réuniſſant leur forces, & en s'aidant mutuellement qu'ils peuvent tendre à cette perfection, ſource unique de félicité. C'eſt pourquoi la nature a uni intimément entr'eux les devoirs de l'homme envers lui-même & envers les autres, enſorte qu'il y a une même obligation néceſſaire & immuable à remplir les uns & les autres.

Mais comme les forces de l'homme ne ſont pas inépuiſables, & qu'ainſi il ne doit pas les prodiguer ſans ſujet, nos devoirs envers les autres n'exigent point que nous négligions ce que nous nous devons à nous-mêmes, ne demandent rien qui ſoit hors de notre pouvoir, & ne ſont point dûs à ceux qui ont eux-mêmes en leur pouvoir ce qu'ils nous demandent. Cependant comme perſonne n'a de droit naturellement ſur les actions des autres, s'il faut d'un côté permettre à celui qui demande de juger lui même de ſon beſoin, il faut de même laiſſer à celui à qui l'on demande quelque choſe, à juger s'il peut l'accorder ſans négliger ce qu'il ſe doit à lui même, & ſi la choſe eſt en ſon pouvoir.

Il importe ſouvent à l'homme qui a beſoin du ſecours d'autrui, de s'aſſurer ce qu'il demande. C'eſt pourquoi il a naturellement le droit de mettre les autres dans l'obligation de faire certaines choſes pour lui, en ſorte qu'il ait droit de les contraindre à les faire, s'ils ne le vouloient pas. De là nait la différence entre obligation parfaite & imparfaite, par raport à ce qu'on doit aux autres, d'où nait un droit parfait ou imparfait à ce qui nous eſt dû par les autres.

La raiſon de cette différence ceſſe dans les choſes qu'il nous eſt défendu de faire aux autres, puisqu'il eſt toujours ſûr qu'il ne faut pas les faire. C'eſt pourquoi l'obligation naturelle par raport aux actes négatifs eſt parfaite, en ſorte que tout homme a un droit parfait de ne pas ſouffrir qu'un autre faſſe certaines choſes, & de contraindre celui qui les fait à ne les pas faire, ou à ne pas entreprendre de les faire de nouveau.

Enfin comme perſonne n'a naturellement aucun droit propre ſur une choſe quelconque individuelle, naturellement toutes choſes ſont communes par raport à leur uſage néceſſaire.

On voit par ce que nous avons dit jusqu'ici quel eſt l'état naturel & originaire des hommes, tel qu'ils le tiennent de la nature. Mais il y a eu pluſieurs raiſons par lesquelles les hommes, ſans bleſſer la loi naturelle, ou plutôt en ſuivant ſes impreſſions, ont été engagés à s'éloigner de la communauté primitive, & à ſoumettre à un droit propre des choſes communes auparavant. De là eſt né le domaine, qui a étendu plus loin le droit d'obliger les autres à faire certaines choſes pour nous, qui a égalé les travaux aux choſes qui ſont dans la propriété, & qui a

ajouté aux devoirs des hommes l'obligation de ſe communiquer leurs choſes & leurs travaux. De là découlent naturellement tous les droits des choſes, ſoit ſur la choſe, ſoit à la choſe, de quelque nom qu'on les apelle, & par là ſe trouvent reculées les bornes du droit de défenſe.

L'obligation de perpétuer le genre humain lie intimément l'éducation avec la génération des enfans, & par conſéquent donne quelque droit aux Pères & aux Mères ſur les actions de leurs enfans. Et puisque dans ce but il faut contracter des mariages, les Conjoints aquiérent par leur conſentement quelque droit ſur les actions l'un de l'autre.

Outre cela comme il eſt conforme au droit naturel, de conſacrer ſon travail pour toujours, afin d'être nourri toujours, en quoi conſiſte naturellement l'esclavage, de cette ſujetion nait le droit du maitre ſur les actions de ſon eſclave. C'eſt pourquoi comme le droit ſur les actions d'un autre s'apelle empire, on voit déja quelle eſt l'origine de l'empire privé qui renferme ce qu'on apelle communément le droit des perſonnes.

De plus, comme chaque individu ne pourroit pas aſſez bien défendre ſes droits, ni les obtenir des autres malgré eux, ſans employer la force, & ſans que l'événement en fut très douteux, & qu'il ne pourroit pas même ſe procurer commodément ce qui eſt néceſſaire à la vie & au bonheur, conformément à la loi naturelle; il s'eſt formé des ſociétés civiles, & ainſi de la ſujetion eſt né l'empire civil ou public, d'où découle tout droit public, ou univerſel des ſociétés civiles.

Enfin comme les ſociétés civiles doivent être conſidérées les unes par raport aux autres comme des particuliers vivant dans l'état de nature, elles ont les mêmes obligations & les mêmes droits qu'auroient ces particuliers, & comme le droit de mettre un autre dans l'obligation de faire certaines choſes, eſt du nombre de ces droits, de là naiſſent les droits des alliances, & des autres conventions entre les nations. Comme de plus l'obligation où ſont les hommes de réunir leurs forces pour travailler au bien commun n'a pu être détruite, parceque les particuliers ont formé des ſociétés civiles, de même qu'en vertu de cette obligation la Nature elle-même a réduit tous les hommes généralement dans une eſpèce de ſociété, ainſi auſſi elle a formé une ſociété entre les nations, d'où nait, conformément à la théorie naturelle des loix civiles, une ſorte de droit, qui a quelque raport au droit civil, & qui, comme le dit *Ulpien*, ne s'écarte point à tous égards du droit naturel, & ne le ſuit pas non plus en tout.

De ce que je viens de dire en peu de mots, on voit, je m'aſſure, clairement que tous les droits liés entr'eux par une chaine continue découlent de la nature

** même

même de l'homme, & que, comme l'ont dit les Anciens, c'eſt la Nature elle-même qui a établi le droit. On obſervera mieux cette enchainure après avoir lu ces inſtitutions avec attention.

Au reſte j'oſe prédire, ſans crainte de me tromper, que celui qui ſe rendra ces inſtitutions familières aquerra une connoiſſance vraie & ſolide du Droit, ſur lequel il pourra trouver une lumière complète dans notre grand ouvrage, dès qu'il pourra en ſoutenir l'éclat, & que celui qui voudra enſuite l'appliquer au droit civil, en aquerra la connoiſſance presque ſans aucune peine.

Il me reſte à avertir d'une choſe, c'eſt que dans ces inſtitutions je n'ai rien ſuppoſé qu'il faille tirer d'ailleurs, comme je l'ai fait dans mon grand ouvrage, où le Droit de la Nature & des Gens eſt lié avec les autres parties de la Philoſophie. On peut ſuivre la lecture de ce petit ouvrage ſans ſe trouver arrêté, quand même on ne connoîtroit point mes ouvrages philoſophiques, & même quelque étranger qu'on puiſſe être dans la Philoſophie. S'il y a eu quelques notions à emprunter d'ailleurs, je les ai expliquées tout de ſuite.

Ayant ainſi rempli la tâche qui m'a été confiée, il me reſte à ſouhaiter, comme je le fais ardemment, que tous ceux qui ſe flattent de pouvoir retirer quelque utilité de mon travail, en recueillent effectivement les fruits que je leur promets. Veuille Dieu lui-même, Auteur du Droit que j'ai expliqué ici, faire enſorte que la vérité & la juſtice fleuriſſent par toute la terre!

Hall 4. Septembre 1749.



TABLE

DES

PARTIES ET DES CHAPITRES,

Contenus dans le

TOME PREMIER.

PREMIÈRE PARTIE.

DU DROIT NATUREL EN GÉNÉRAL, ET DES DEVOIRS ENVERS NOUS-MEMES, ENVERS LES AUTRES, ET ENVERS DIEU.

SECONDE PARTIE.

DU DOMAINE, ET DES DROITS ET DES OBLIGATIONS QUI EN NAISSENT.

INSTI-

INSTITUTIONS DU DROIT DE LA NATURE ET DES GENS.

PREMIERE PARTIE.

Du Droit Naturel en général, & des Devoirs envers nous-mêmes, envers les autres, & envers Dieu.

CHAPITRE I.

De la différence des actions humaines, & de leur imputation. (†)

§. I.

On appelle *actions internes*, celles qui sont produites par la seule force de l'ame; & *externes*, celles qui s'exécutent par le mouvement des organes du corps. Les unes & les autres sont, ou *libres*, c'est-à-dire, dépendantes de la liberté de l'ame, de quelque façon que ce soit qu'elles en dépendent; ou bien *naturelles*, ou ce qui est la même chose, *nécessaires*, c'est-à-dire, *Actions internes & externes, libres & nécessaires.*

(†) L'objet de ce Chapitre est de montrer pourquoi & comment on rend les hommes responsables de leurs actions. Pour cet effet l'Auteur y démontre la différence qu'il y a entre les actions humaines, les considérant en premier lieu, en tant qu'elles dépendent ou bien des facultés de l'entendement, ou bien des propriétés du corps. Ceci le conduit à la premiere division des actions humaines, favoir celles de l'entendement ou de l'esprit, & que l'on attribue à l'ame; & celles du corps. On attribue d'ailleurs différentes facultés à l'ame ou à l'esprit, comme on attribue différentes qualités aux corps, & cela suivant les différentes opérations que nous observons, soit dans l'entendement, soit dans cette partie de l'homme, que nous nommons matérielle. Ce sont les facultés de l'entendement & les degrés de ces facultés qui distinguent l'homme de tous les autres êtres, encore plus que sa figure ou conformation matérielle. Or les actions, qui résultent de l'emploi de nos facultés intellectuelles, par lesquelles on désigne celles de l'entendement, sans aucun usage des facultés corporelles, sont celles que Mr. Wolff nomme *internes:* telles sont par ex. la *pensée*, les *réflexions*, les *méditations*; & il appelle *externes*, celles qui se font par le mouvement des organes de notre corps, comme le *manger*, *le parler*. Outre cette distinction d'*actions internes* & *externes*, il importe encore de faire attention qu'il y a des actions que l'homme fait, ou qui se produisent en lui par l'effet de son organisation, comme est la *circulation du sang*, le *battement du pouls*, la *respiration*; & qu'il y en a d'autres qu'il ne fait qu'en usant de la faculté qu'il a de s'y porter volontairement; comme *de se promener*, *de jouer*, *d'écrire*, *d'étudier*. De-là la division en *actions naturelles* ou *nécessaires*, & en *actions libres*. On nomme les premieres *naturelles* ou

re, ne dépendant pas de cette liberté, mais déterminées par l'essence & par la nature de l'ame & du corps. Il suit de là, qu'*il n'y a point d'actions libres externes, sans quelque action interne, avec laquelle elles soient liées.*

Action positive & privative, ou négative. §. II. On distingue encore les actions en *positives*, qui consistent dans quelque acte effectif; & en *privatives* ou *négatives*, qui sont la cessation d'un acte qu'on pouvoit faire. Une action positive libre s'appelle un *fait de commission*; une action privative ou négative libre s'appelle un *fait d'omission*. Celle-là s'appelle aussi simplement un *fait*, & celle-ci un *non-fait*. Très-souvent *sous le nom de fait on renfer-*

ou *nécessaires*, parce qu'elles ne sont pas sous l'empire de notre volonté: les autres sont appellées *libres*, & dépendent, comme l'on voit, plus ou moins de la liberté de l'ame; puisqu'il faut le choix avant que de s'y porter, & que le choix suppose cette liberté. Or comme les actions sont libres, suivant que nous y sommes portés par un choix libre; il s'ensuit, qu'il ne peut y avoir d'actions *externes libres*, sans que l'esprit n'y ait déterminé la volonté; & conséquemment que les actions *libres externes* tiennent toujours à des actions *internes libres*, sans lesquelles elles ne pourroient subsister.

Remarquons encore, que les opérations de l'esprit sont tellement liées à la constitution & à l'organisation du corps, que les actions internes sont toujours accompagnées de quelque action externe; & qu'une action externe n'arrive guere sans porter son influence sur les internes; de façon que toutes les actions humaines tiennent plus ou moins des unes & des autres, & forment, pour ainsi dire, des actions composées, résultant d'une combinaison d'actions comme le mouvement composé résulte de différentes directions, imprimées au corps par des tendances diverses. Toutes les actions humaines sont donc des actions mixtes, qui tiennent plus ou moins des *internes*, des *externes*, des *libres* ou des *necessaires*, selon la part que celles-ci y ont: cependant on verra dans la suite de quelle importance il est, qu'on les considere séparément, & qu'on les distingue comme le fait notre Auteur.

§. III. (*a*) Ce Paragraphe contient le principe général, suivant lequel il faut décider toutes les questions, par lesquelles on rend quelqu'un responsable ou non responsable d'un fait ou d'une omission, ainsi que des suites qui peuvent en résulter: c'est un des plus féconds & des plus importants principes du Droit; & pour le faire sentir, je vais montrer avec quelle facilité on peut l'appliquer à une infinité de cas, proposés dans l'immense collection, qui nous est restée du Droit Romain.

Celui qui tue un homme sans dessein de le tuer peut être absous, dit la *l.* 1. §. 3. *ad leg. Corn. de sic.* & celui qui blesse un homme à dessein de le tuer, & qui cependant ne le tue pas, est tenu pour homicide suivant la même loi. Quelle en est la raison? C'est que dans le premier cas, celui qui a commis le meurtre, est considéré n'avoir point agi librement, par rapport à l'effet qui est résulté de son action; de sorte qu'il n'est pas tenu pour cause libre de son action; & que dans le second cas, on impute à celui qui a agi librement non seulement l'action, mais le dessein qu'il s'est proposé en la faisant; on lui impute l'effet, auquel il s'est porté librement, comme si l'effet avoit eu lieu véritablement. Pourquoi cette même loi veut-elle qu'on adoucisse la peine de celui, qui dans l'ardeur d'une contestation en frappe un autre, & le tue sans dessein de le tuer, c'est que la loi suppose que sa liberté a été altérée par le feu de la dispute: on lui attribue une absence de volonté & de liberté par rapport à cet effet, comme on le fait à un enfant & à un furieux, au sujet desquels le Jurisconsulte s'exprime ainsi *in l.* 12. *ff. ad leg. Corn. de sic. & ven. Alterum innocentia consilii tuetur; alterum fati infelicitas excusat.* Paroles qui dans le fonds désignent, que la loi suppose qu'un enfant & un furieux n'agissent pas librement, qu'ils ne peuvent pas être regardés comme causes libres de leur action. Pourquoi la loi veut-elle que celui, qui néglige d'avoir un soin convenable pour le feu, soit puni du fouet ou fortement réprimandé suivant le cas, *l.* 3. *ff. de off. præf. vig.*, c'est qu'elle le suppose cause libre de sa négligence, & qu'elle lui impute, à cause de cela, l'effet qui en résulte. Qu'un esclave commette une mauvaise action ou un crime à l'insu de son Maître, celui-ci en sera quitte par le sacrifice de son esclave; mais si le Maître a ordonné le fait, ou qu'ayant pu l'empêcher, il ne l'ait pas fait, le cas est différent, & on le rend plus ou moins responsable du mal ou du crime commis par son esclave *l.* 2. *ff. de nox. act.* Quelle en est la raison? C'est qu'on ne peut pas dire que le Maître soit cause libre de l'action de l'esclave, si celui-ci a agi à l'insu ou sans ordre de son Maître; & qu'il en devient la cause libre, s'il lui donne des ordres, s'il lui permet d'agir, s'il ne l'en empêche pas. *Ipse enim videtur dominus occidisse*, dit ULPIEN *l.* 2. *ff. de nox. act.*

Le Droit Romain ne veut point qu'on rende un Commodataire responsable d'un cas fortuit, d'un

renferme un non-fait, selon la nature de la chose dont il est question.

§. III. Quand un homme s'est determiné librement à agir, ou à ne pas agir, on dit qu'il est la *cause libre de son action*, comme aussi de ce qui en est la suite; & l'on appelle *imputation* le jugement, par lequel on déclare qu'un agent est la cause libre de son action, ou de ce qui en résulte soit bien soit mal. Donc, *on ne peut imputer que des actions libres, & en tant qu'elles sont libres;* & par conséquent aussi *celles qui, étant à la vérité naturelles, si on les considère en elles-mêmes, dépendent cependant de quelque action libre précédente* (§. 1.). (*a*) *Imputation.*

§. IV.

d'un malheur survenu par un écroulement, un incendie, ou par quelque accident, empêchement ou événement de cette nature, à moins qu'il n'y ait de sa faute, & que, pouvant sauver les effets qu'on lui a prêtés, il ait préféré de sauver les siens propres. Pourquoi? c'est que, dans ce dernier cas, la perte des effets empruntés, ou le dommage qu'ils ont souffert lui est imputé comme cause libre de son action: & c'est le fondement de toutes les décisions de même nature, qu'on trouve dans le titre des *ff. comm. vel contra*; ainsi que de la regle générale que nous donne Ulpien dans la *l.* 23. *ff. de div. reg. Jur.* en ces mots: *Animalium vero casus, mortes, quæque sine culpa accidunt, fugæ servorum, qui custodiri non solent, rapinæ, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus prædonum a nullo præstantur.* Toutes ces choses, n'étant pas dans le cas de pouvoir se trouver à la libre disposition des hommes, elles ne peuvent non plus dépendre, ni de leur volonté, ni de leur choix, ni conséquemment de leur liberté: ainsi elles ne peuvent pas non plus être imputées; qu'autant qu'on les auroit pu & dû prévenir.

La loi *Aquilia de damno injuria dato* fournit encore une multitude de ces exemples, qui prouvent l'application, qu'on peut faire du principe de notre Auteur, aux cas proposés dans le Droit Romain. Cette loi semble n'avoir eu d'autre but que de déterminer exactement les cas, dans lesquels une personne seroit tenue de réparer le dommage qu'il auroit causé par sa faute à quelque autre; & en quelque façon aussi la maniere d'estimer & de réparer le dommage: ce qui forme trois objets, 1. en quels cas on est tenu de réparer un dommage; 2. comment le dommage doit être estimé; 3. de quelle façon il faut le réparer. Nous ne nous arrêterons qu'au premier, parce que c'est de celui-là dont il s'agit proprement dans l'imputation, & nous allons voir que cette loi exige deux conditions, pour imposer à quelqu'un l'obligation de réparer le dommage; la premiere, qu'il ait agi librement, & que l'action qu'il a commise, ou la situation dans laquelle il s'est trouvé, ait dépendu de sa liberté de façon qu'il doit être tenu pour cause libre de son action; la seconde, qu'il n'ait pas eu droit de se trouver dans cette situation, ou de commettre l'action dont le dommage est résulté.

Le Jurisconsulte Gajus nous apprend que, suivant la disposition de cette loi, celui qui tue le valet, la servante ou une bête de somme d'autrui, sans en avoir droit, doit payer la valeur de ce domestique ou de cet animal, *l.* 2. *ff. ad leg. Aquil.* Mais cette décision a-t-elle lieu indistinctement envers tous les Agents, soit qu'ils aient agi librement ou point? Non. Si le dommage a été causé par un furieux, ou par un enfant, la loi *Aquilia* ne donne point d'action; suivant que nous l'apprend le Jurisconsulte Pegase dans la 2. *l. ad leg. Aquil.* §. 2., qui en donne raison, en s'exprimant ainsi: *Quæ enim in eo culpa sit, cum suæ mentis non sit?* D'où l'on voit, que la loi *Aquilia* suppose, que pour pouvoir imputer une action à quelqu'un, il faut qu'il ait agi librement, qu'il ait été cause libre de son action; & que pour pouvoir l'imputer avec l'obligation de réparer le dommage, il faut que celui qui a agi librement n'ait pas eu droit de faire ce qu'il a fait. Elle fonde donc l'imputation sur l'exercice ou l'absence de la liberté dans celui qui agit; & l'obligation de réparer le dommage, sur le droit que l'agent peut avoir eu ou ne point avoir eu de commettre ou d'omettre l'action, par laquelle le dommage a été causé. Si un navire dans sa course cause du dommage à une barque, l'équipage en est responsable, s'il a été dans le cas de pouvoir gouverner le navire; mais si par l'impétuosité des vents le navire a donné contre les cables d'un vaisseau, & qu'il ne l'a pu dégager qu'en coupant les cables de ce vaisseau, l'équipage n'est pas tenu de réparer le dommage, suivant la *l.* 29. *ad leg. Aquil.* Pourquoi? La raison en est visible; c'est que dans le premier cas l'équipage est censé être cause libre du mouvement du vaisseau, & que dans le second cas on suppose qu'il a été porté à couper les cables du vaisseau par une force supérieure, à laquelle il n'a pas pu résister. *Si quis in colluctatione, vel in pancratio, vel pugiles, dum inter se exercentur, alius alium occiderit, si quidem in publico certamine [alius alium occiderit] cessat Aquilia: quia gloriæ causa & virtutis, non injuriæ gratia videtur damnum datum.* Voilà ce que nous dit Ulpien dans la *l.* 7. §. 4. *ff. ad leg. Aquil.* & l'on voit par la raison que ce Jurisconsulte allegue de sa décision,

 qu'il

Action contrainte. §. IV. Nous *agissons par contrainte*, quand nous sommes poussés par un autre,

qu'il n'impute pas la mort de celui qui a été tué dans une lutte, parce que cette mort n'a été ni directement ni indirectement l'objet de la volonté de celui qui l'a tué, & que celui-ci par conséquent ne doit pas être considéré comme cause libre de son action, relativement à cette mort. Ainsi, lorsque cette loi impose l'obligation de réparer le dommage, & qu'elle accorde une action contre celui qui l'a causé, elle suppose toujours, comme l'on voit, que celui qui l'a causé, a agi librement, qu'il a été cause libre de son action ou de l'effet qui en est résulté, & qu'il a agi contre son droit, *non-jure*; car dès qu'on a agi de son droit, le fondement, qui oblige l'Agent, comme cause libre, à réparer le dommage, cesse: *Trebatius* en donne un exemple dans le cas de quelqu'un qui, faisant faire un puits dans sa maison, détourneroit par-là les veines du puits de son voisin. *l.* 24 *ff.* §. *ult. damn. inf.* La loi *Aquilia* va même plus loin, & impute également comme libres ces actions, qui, considérées en elles-mêmes, n'en portent pas le caractere, mais dépendent pourtant de quelque action libre qui a précédé. Ainsi cette loi rend celui, qui porte un fardeau trop pesant, responsable du dommage causé par la chûte de ce fardeau; cas qu'on trouve dans la même *l.* 7. §. 2. *Sed si quis plus justo oneratus, dejecerit onus, & servum occiderit, Aquilia locum habet: fuit enim in ipsius arbitrio, ita se non onerare:* ce qui revient à ce que notre Auteur dit à la fin de ce paragraphe, que les *actions naturelles ou nécessaires en soi, sont imputées, si elles dépendent de quelque action libre qui ait précédé.* Le même principe a suggéré à PEGASE la décision, qu'un homme venant à tomber sur un autre, & à le blesser par cette chûte, est tenu de dommage, s'il porte un fardeau trop pesant, ou qu'il marche inconsidérément; & c'est en conséquence du même principe, que si quelqu'un blesse légérement un esclave malade & qu'il meure, la mort doit lui en être imputée: *quia aliud alii mortiferum esse solet*, ainsi que le dit le Jurisconsulte LABEO, dans la même *l.* 7. §. 2. voilà aussi pourquoi on impute la mort de celui, qui auroit été précipité dans une riviere, à celui qui l'y a fait tomber; & qu'un médecin doit réparer le dommage qu'il cause, en soignant mal un esclave commis à ses soins. Voilà encore pourquoi le Jurisconsulte GAJUS rend un *Muletier* responsable du dommage, causé par ses mulets, qu'il n'aura pu contenir par impéritie; parce qu'il auroit dû connoître son impéritie, & qu'il s'est chargé librement d'une chose, dont il n'auroit pas dû se charger, comme le remarque le Jurisconsulte. *Nec videtur iniquum, si infirmitas culpæ adnumeretur: cum affectare quisque non debeat, in quo vel intelligit, vel intelligere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. l.* 3. *eod.* C'est encore parce qu'un Agent libre est responsable des suites de son action, que la mort d'un esclave, tué par des joueurs, est imputée à ceux-ci, suivant la *l.* 8. *ad leg. Aquil.* & qu'on l'impute à l'esclave lui-même, s'il passe par l'endroit destiné à ces jeux; & qu'ULPIEN rend un Barbier responsable de la mort de celui, qu'il rasoit dans un lieu public, où l'on a coutume de jouer: *Et sane*, dit ULPIEN, *si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur, vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur:* là où, ce cas est imputé à celui qui s'est fait raser, si le Barbier avoit sa boutique dans un endroit perilleux; parce que c'est alors à celui-là-même, qui s'est volontairement porté à s'y faire raser, qu'il faut imputer le malheur qui lui est arrivé: *quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit ipsum de se queri debere.* Toutes les différentes décisions, qu'on trouve dans la 27. *l. ff. ad leg Aquil.* ont la même raison pour fondement, savoir qu'on impute les suites d'une action commise ou omise librement, ainsi que l'action-même. Et par la même raison, PROCULUS rend un Maître responsable du dommage causé par ses Esclaves, s'il en a eu de mauvais: *si noxios servos habuit, damni eum injuria teneri cur tales habuit.* La *l.* 29. contient d'autres décisions fondées sur la même raison, ainsi que la 30., dans laquelle nous lisons entr'autres: *qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur:* ce que le Jurisconsulte PAUL étend aux omissions, *qui prohibere potuit, tenetur si non fecerit. l.* 45. *ff.* C'est encore par la même raison qu'on rend dans la 31. *l.* un tailleur d'arbres responsable du malheur, causé par la chûte d'une branche, s'il n'avertit pas les passants, c'est-à-dire, dans un endroit fréquenté; & qu'on ne l'en rend point responsable, si le cas arrive dans un endroit, où il n'y a point de passage: *nam culpa ab eo exigenda non est: cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.*

A tous ces passages, auxquels nous pourrions en ajouter plusieurs autres, pris de cette même compilation *ad leg. Aquil.* il paroît, ce me semble, assez clairement, que, quoique cette loi fonde l'*obligation* de réparer le dommage, ou de ne point le réparer sur le plus ou le moins de droit, qu'on a eu de commettre l'action, ou de se mettre dans la situation, dont l'acte, qui a causé le dommage, est résulté; elle fonde cependant l'*imputation* sur l'usage qu'on a pu faire ou ne point faire de sa liberté, c'est-à-dire, sur la considération, si l'Agent a été cause libre de son action ou point.

Au reste, en appliquant ainsi les principes de notre Philosophe aux cas du Droit Romain, je suis

tre, par une force externe, en sorte que nous ne contribuions à l'action que comme

suis bien éloigné de prétendre donner par-là une interprétation de cette immense collection, dont je viens de citer quelques décisions. Si je développe la liaison, que les principes de philosophie ont avec les décisions des Jurisconsultes Romains, ce n'est assurément pas pour prouver que ces Jurisconsultes aient connu ces principes, ou qu'ils les aient fait servir de fondement à leurs décisions. Je me propose uniquement de faire voir l'avantage & l'utilité, qu'on peut retirer de l'application de ces principes au droit civil, & en particulier au droit Romain; & comment l'étude du droit Romain peut être rendue facile & aisée par cette application, qui nous met, pour ainsi dire, sur la véritable route, lorsqu'on veut raisonner & conclure *argumento legis.* C'est dans cette vue seulement que je montre, comment les principes de notre Auteur peuvent servir à rendre raison des décisions, que l'on trouve dans le droit Romain; afin que par-là on voie comment ces mêmes principes peuvent nous guider, dans les décisions à donner sur d'autres cas, qui tiennent à ces principes ou qui en dépendent. D'ailleurs, pour faire voir que les Jurisconsultes Romains ont eu en particulier des idées sur l'imputation, assez conformes à celles de notre Auteur; quoiqu'ils ne les aient pas exprimées avec tant de justesse, de netteté, & de précision, je vais indiquer encore quelques passages de leur compilation, qui ajouteront de nouvelles preuves à celles que je viens d'en donner.

La question est de savoir dans quel cas *l'imputation* doit avoir lieu: or quoique le mot *imputer*, dans le sens que lui donne notre Auteur, se prenne relativement à toutes les actions commises ou omises de pleine liberté; il convient cependant d'observer, que les Jurisconsultes Romains semblent lui avoir donné un sens plus particulier, & qu'ils l'ont ordinairement limité à ce qu'il y a de mal ou de défectueux, soit dans une action, soit dans les effets qui ont résulté de cette action, ou qui en auroient pu résulter. La question, dis-je, est de savoir dans quels cas l'imputation doit avoir lieu. Suivant notre Auteur c'est lorsque quelqu'un est cause libre de son action. Voyons si les idées des Jurisconsultes Romains ne s'accordent pas pleinement avec ce principe général; & si les raisons qu'ils donnent quelquefois de leurs décisions n'y sont pas parfaitement conformes.

Demandons en premier lieu, pourquoi les Edits des Préteurs veulent que les actions soient faites *dolo malo*, pour pouvoir mériter quelque peine, & qu'ils expriment toujours cette condition; si ce n'est par la raison, qu'ils ne considerent pas, comme cause libre d'une action, celui qui n'a pas agi dans les cas *dolo malo. Prima verba ostendunt,* dit ULPIEN, en expliquant l'Edit du Préteur *de sepulchro viol.* l. 3. §. 1. *eum demum ex hoc plecti, qui dolo malo violavit: si igitur dolus absit, cessabit ejusdem personæ. Igitur doli non capaces (ut [admodum] impuberes, item omnes, qui non animo violandi accedunt) excusati sunt.* Le Préteur ne veut donc point qu'on impute à crime à celui qui auroit violé le sepulchre, s'il n'a pas eu l'intention de le violer; c'est-à-dire, il ne veut pas, qu'on regarde, dans ce cas, l'Agent comme cause libre de la violation. Pourquoi le Jurisconsulte PAUL dit il *in* l. 108. *ff. de div. reg. jur. Fere in omnibus pœnalibus judiciis & ætati & imprudentiæ succurritur?* si ce n'est que dans ces deux cas, il y a plus ou moins d'absence de ce qui rend l'action libre. Pourquoi la perte d'un dépôt est-elle imputée à celui qui l'a confié à un négligent, si c'est par la négligence de celui-ci qu'il s'est perdu? le Jurisconsulte nous dit que c'est qu'il doit s'en prendre à lui-même de l'avoir mis en de telles mains: *l.* 1. *ff.* §. 5. *de oblig. & act.* c'est donc parce que celui, qui a confié le dépôt, est censé cause libre du hazard, qu'a couru son dépôt. Quelle justesse dans la décision qu'ALFENUS nous donne dans la *l.* 52. *ad leg. Aq. de damn. inj. dat.* Selon ce Jurisconsulte, celui dont on avoit emporté la lumiere, avoit droit de répondre par des coups aux coups que lui portoit celui qui l'avoit enlevée; & si celui-ci a perdu l'oeil par un de ces coups, il doit s'en prendre à lui-même, comme auteur de la querelle; mais si le coup a été porté à dessein de lui faire perdre un oeil, le coup est imputé à celui qui l'a porté, étant regardé pour cause libre de cette action, à laquelle il n'avoit pas droit relativement à l'intention: *nisi data opera effodisset oculum, non videtur damnum injuria fecisse.* On trouve la même justesse & le même principe dans les autres décisions de ce Jurisconsulte, exposées dans cette l. 52. Que signifient ces paroles d'ULPIEN *l.* 3. §. 1. *ff. de inj. sane sunt quidam, qui facere non possunt [scil. injuriam]: ut puta furiosus, & impubes, qui doli capax non est: namque hi pati injuriam solent, non facere: cum enim injuria ex affectu facientis consistat, consequens erit dicere, hos, sive pulsent, sive convicium dicant, injuriam fecisse non videri:* si ce n'est que ceux, qui ne sont pas maîtres de leur volonté, ne peuvent être regardés comme cause libre de leurs actions, & que, pour cette raison leurs actions ne peuvent leur être imputées. Pourquoi le Jurisconsulte GAJUS dit-il *l.* 9 *ff. de incend. ruina* &c. *Qui ædes acervumque frumenti, juxta domum positum, combusserit, vinctus, verberatus, igni necari jubetur: si modo sciens prudensque id commiserit. Si vero casu, id est, negligentia, aut noxiam sarcire jubetur; aut si minus idoneus sit, levius castigatur;* si ce Jurisconsulte n'avoit fait attention qu'on peut être plus ou moins cause libre d'une action & des effets qui

me un instrument; & nous *souffrons par contrainte*, quand nous n'avons pas la force de résister à l'action d'un autre sur nous. Dans ce cas, la non-résistance est une *action privative contrainte*. *Une action contrainte*, n'étant pas libre (§. I.), *ne peut être imputée qu'au contraignant: mais si on l'approuve, cette approbation est imputée*. (*b*)

Action involontaire, volontaire. *Invita.* §. V. Il faut distinguer d'avec une action contrainte, une action faite avec répugnance ou *involontaire* *. L'action est involontaire, quand quelqu'un fait ce qu'il aimeroit mieux ne pas faire, ou qu'il ne fait pas ce qu'il aimeroit mieux faire. Son opposé est une action *volontaire*, qui n'est ni contrainte, ni faite avec répugnance. *Une action est donc involontaire, si quelqu'un est engagé à agir, ou à ne pas agir, par violence, ou par quelque crainte qu'un autre lui inspire. Une action involontaire est imputée, mais moins qu'une action volontaire* (§. III.), en sorte que celui qui agit involontairement est en partie excusable. (*c*)

§. VI.

en sont résultés, & qu'il convient de les imputer suivant qu'on l'a été plus ou moins. Je ne finirois point si je voulois accumuler les décisions des Jurisconsultes Romains, qui annoncent un jugement fondé sur le principe, dont il est ici question. Je ne puis pourtant m'empêcher d'ajouter encore les paroles de la *l.* 14. *de off. præsid.* Elles sont si claires & si décisives, qu'elles ne laissent plus aucun doute. Les voici: *Divus Marcus & Commodus Scapulæ Tertyllo scripserunt in hæc verba: si tibi liquido compertum est, Aelium Priscum in eo furore esse, ut continua mentis alienatione omni intellectu careat; nec subest ulla suspicio matrem ab eo simulatione dementiæ occisam: potes de modo pœnæ ejus dissimulare; cum satis furore ipso puniatur: & tamen diligentius custodiendus erit, ac, si putabis, etiam vinculo coërcendus: quoniam tam ad pœnam, quam ad tutelam ejus & securitatem proximorum pertinebit. Si vero, ut plerumque adsolet, intervallis quibusdam sensu saniore, non forte eo momento scelus admiserit, nec morbo ejus danda est venia, diligenter explorabis: & si quid tale compereris consules nos, ut æstimemus, an per immanitatem facinoris, si cum posset videri sentire commiserit, supplicio adficiendus sit. Cum autem ex litteris tuis cognoverimus, tali eum loco atque ordine, ut a suis, vel etiam in propria villa custodiatur: recte facturus nobis videris, si eos, à quibus illo tempore observatus esset, vocaveris, & causam tantæ negligentiæ excusseris; & [in] unumquemque eorum, prout tibi levari vel onerari culpa ejus videbitur, constitueris: nam custodes furiosis non ad hoc solum adhibentur, ne quid perniciosius ipsi in se moliantur, sed ne aliis quoque exitio sint: quod si committatur, non immerito culpæ eorum adscribendum est, qui negligentiores in officio suo fuerint.* Tout ce rescript revient, comme l'on voit à cette belle leçon, qu'on ne peut assez répéter à ceux, qui par état sont destinés à juger les hommes; „ voyez jusques à quel „ degré celui qui a commis le crime, & ceux qui „ ont été chargés de le prévenir, peuvent en être „ considérés comme causes libres; afin de les „ punir ou de les absoudre en conséquence." Leçon uniquement fondée sur la vérité du principe dont nous parlons.

Je me suis étendu sur ce paragraphe, afin de faire voir, avec quelle facilité on peut déduire une infinité de décisions du Droit Romain d'un seul principe, bien posé & clairement exprimé; & afin que l'on sentît le mérite du travail de notre Auteur, & l'excellence de sa méthode. Car s'il est vrai, comme le remarque un célebre Jurisconsulte Hollandois, (Mr. NOODT) que la loi, dite *aquilia*, est une des plus utiles & des plus intéressantes du Droit Romain; & qu'elle est sur-tout recommandable; parce qu'elle tend à la sûreté & à la paix de chaque individu de la société civile, ne distinguant pas, relativement à la réparation, si un dommage est causé par dol, par imprudence, ou par quelque action, à laquelle l'erreur, la colere, la cruauté, l'ébriété, l'avarice, la pétulance, l'impéritie, l'infirmité, la négligence, la lasciveté, ou d'autres vices ou défauts peuvent avoir donné lieu; réprimant toute faute, qui trouble la société, quelle qu'en soit la source; que dirons-nous de ce paragraphe de notre Auteur, qui nous expose si clairement & si simplement le principe, sur lequel cette loi & tant d'autres du Droit Romain sont fondées, & dont on peut déduire, non seulement toutes les décisions qu'elle renferme, mais encore une infinité d'autres, & toutes celles, qui y sont analogues? Je vais en donner quelques exemples tirés du Commerce. Dans le Chap. LXII. de *l'il Consolato del Mare*, il est statué, que si les Marchandises reçoivent du dommage, à cause qu'elles se sont mouillées par l'eau du tillac, ou de quelque autre endroit du vaisseau, qui n'aura pas été bien garni, le dommage est pour le compte du Capitaine; & que le Capitaine n'est pas tenu à la réparation si ces endroits ont été suffisamment garnis, & que l'eau y a cependant pénétré; & dans le Chap. LXIII., que si le navire a été maltraité par une tempête, de façon que ces endroits soient venus à se dégarnir, le Capitaine ne sera pas tenu de bonifier aux Marchands le dommage, que leurs mar-

§. VI. Les *actions* libres sont ou *de propos délibéré*, c'est-à-dire, faites seulement après une délibération préalable; ou *de propos non délibéré*, c'est-à-dire, sans délibération préalable. *Délibération* est cet acte de l'entendement, par lequel on examine s'il faut agir, ou ne pas agir, & comment il faut agir. Donc *une action faite de propos delibéré*, étant plus libre que celle qui n'est pas faite ainsi (§. I.) *est plus imputée que celle qui n'est pas de propos délibéré; & elle est d'autant plus imputée qu'elle est faite de propos plus délibéré* (§. III.). (*d*) *Action de propos délibéré, de propos non délibéré; délibération.*

§. VII. Toutes les facultés de l'ame sont par elles-mêmes propres à produire certains actes, & tous les membres du corps sont propres à certaines fonctions; par conséquent les unes & les autres sont destinées à une certaine fin, à laquelle tendent d'elles-mêmes les actions naturelles (§. I.). Or *il paroît par l'expérience, que les actions libres peuvent être déterminées, ou par les mêmes raisons finales que les naturelles, ou par d'autres.* (*e*) *Détermination des actions.*

§. VIII.

marchandises auront souffert par l'eau entrée dans le vaisseau; puisque, dit ce Réglement, ce dommage n'est pas survenu par la faute du Capitaine: &, ajoute le Réglement, ce Chapitre a été fait à cause que personne ne peut raisonner ni disputer contre des empêchements venus du ciel, de la mer, du vent, ou d'une force supérieure. Par l'Art. LXV. le dommage, causé aux marchandises par des souris, est imputé au Capitaine, s'il n'a pas eu de chat à bord, & par l'Art. LXVI. il n'est pas tenu de le réparer, s'il a eu soin d'en avoir un lors de son départ, & que, venant à le perdre dans le trajet, il a soin de s'en pourvoir d'un autre à la premiere occasion. Le Chap. CLXXXIX. porte, que, si les marchands sont empêchés par les dispositions du Souverain de charger un navire dans l'endroit, où ils auront cru pouvoir le faire, ils ne sont pas tenus de payer le fret au Capitaine: parce que, (dit le Réglement) personne ne peut s'opposer aux empêchements du ciel ou du Souverain: & pour la même raison, le Capitaine n'est pas obligé à son tour de payer à l'équipage ses gages: seulement les marchands doivent bonifier au Capitaine la moitié des fraix; ce qui n'a pas lieu, si le Capitaine & les marchands ont eu connoissance des empêchements, & qu'ils se sont imaginés pouvoir cependant obtenir la permission de charger; parce qu'en ce cas, le Capitaine doit se l'imputer à lui-même, s'il a fait des fraix inutiles. Si les négociants en ont eu connoissance, & le Capitaine point, les négociants sont tenus de payer le Capitaine, tout comme si le voyage avoit eu son plein effet; & le Capitaine doit à son tour payer l'équipage: mais si le Capitaine en a eu connoissance, & que les marchands l'aient ignoré, le Capitaine est tenu de les indemniser & de payer entiérement l'équipage: que si l'équipage en a eu connoissance comme le Capitaine, celui-ci n'est pas obligé de payer rien des gages. Toutes ces dispositions sont fondées, comme l'on voit, sur le plus ou moins qu'une action peut être imputée à l'Agent, suivant la doctrine de notre Auteur. On pourroit en fournir une multitude d'autres, si l'on ne craignoit de s'étendre trop sur une matiere si fertile, qu'il seroit aisé d'en remplir de gros volumes. Ce que je viens d'en exposer suffit, si je ne me trompe, pour faire voir l'étendue, l'importance, & l'application d'un principe dont l'utilité est sensible. Ceux que PUFFENDORF nous donne dans les *Devoirs de l'homme & du Citoyen. L.* I. §. XVII. & *suiv.* en découlent, comme on pourra s'en convaincre, si l'on prend la peine de les examiner. Je renverrai souvent à cet Auteur & à GROTIUS, ces célebres Ecrivains ayant traité souvent au long des objets, que Mr. WOLF ne fait qu'indiquer.

§. IV. (*b*) Nous trouvons un exemple de celui qui agit par contrainte, dans la décision qu'ULPIEN nous rapporte dans la *l. 7. ff. ad leg. aquil. de damno inj. dat. Proinde si quis alterius impulsu damnum dederit, Proculus scribit, neque eum qui impulit, teneri, quia non occidit, neque eum qui impulsus est, quia damnum injuria non dedit: secundum quod in factum actio erit danda in eum qui impulit.* PROCULUS absout de toute imputation celui qui a été poussé; mais il n'absout pas entiérement celui qui a poussé: il accorde contre celui-ci l'action, que les Jurisconsultes Romains nommoient *actio in factum*.

§. V. (*c*) C'est sur ce principe qu'est fondé le Rescrit des Empereurs *Valent. Théodose & Arcade*, que l'on trouve *l. 8. C. ad leg. jul. de vi publ.* & celui de l'Empereur *Constantius* in *l. 2. C. de sepulch. viol.*

§. VI. (*d*) Tous les jugements, sur les délits & les peines, dépendent presqu'entiérement du principe énoncé dans ce Paragraphe, comme nous le ferons voir, lorsque nous aurons lieu de parler de l'imputation relativement aux delits.

§. VII. (*e*) L'Auteur indique dans ce Paragraphe la source ou le fondement de la perfection de l'homme; & il importe d'y bien faire attention; parce que toute sa doctrine en dépend & y est établie. Voici comment on peut interpréter ce Paragraphe. Nous trouvons dans l'homme des facultés intellectuelles, & nous voyons que ces facultés sont par elles-mêmes propres à exercer certains actes: de

§. VIII. *L'état* en général eſt la coëxiſtence (ou exiſtence en même temps) de choſes muables, c'eſt à-dire, de choſes qui peuvent être autrement, avec les mêmes choſes fixes, c'eſt-à-dire, qui ne peuvent être autrement. (*) Il eſt *interne* ou *externe*, ſelon que les choſes muables ſont dans le ſujet, ou hors de lui.

Perfection. §. IX. La *perfection* d'un être en général eſt un accord ou une harmonie dans la variété, ou bien l'accord de pluſieurs choſes différentes entr'elles, qui ſe trouvent dans le même ſujet (†): & j'appelle *accord* la tendance à produire un certain effet unique quelconque. Ainſi la perfection d'une montre conſiſte dans l'aptitude qu'elle a, par ſa ſtructure, d'indiquer exactement l'heure & ſes parties.

Imperfection. §. X. Au contraire l'*imperfection* eſt une diſcordance dans la variété, ou la diſcordance de pluſieurs choſes différentes entr'elles qui ſont dans le même ſujet: & la *diſcordance* conſiſte dans la contrariété de tendances à produire un effet commun. Ainſi l'œil eſt imparfait, s'il ſe trouve dans ſa ſtructure des choſes, qui empêchent, que l'image des objets ne ſe peigne nettement & clairement ſur la rétine.

Perfection eſſentielle, & accidentelle. *Actions qui y tendent.* §. XI. La *perfection* eſt *eſſentielle*, ſi elle conſiſte dans l'accord de *déterminations eſſentielles*, c'eſt-à-dire, de celles à cauſe deſquelles un être eſt conçu comme étant d'un tel genre, ou d'une telle eſpece; & la perfection eſt *accidentelle* ſi elle conſiſte dans l'accord des déterminations accidentelles avec les eſſentielles; telle eſt la facilité qu'on acquiert de ſe ſervir des facultés de l'ame, ou des organes qui meuvent le corps. *La perfection accidentelle doit donc avoir la même raiſon déterminante que l'eſſentielle* (§. IX.), *& par conſéquent les actions libres, déterminées par les mêmes raiſons finales que les naturelles, tendent à la perfection de l'homme & de ſon état;* (§. VIII. IX.), *& celles qui ſont déterminées par des raiſons finales différentes, tendent néceſſairement à ſon imperfection.* (§) (*f*)

§. XII.

de même nous voyons que les membres de notre corps ſont capables de certaines fonctions, que nous pouvons modifier, modérer & mettre en uſage: delà on doit raiſonnablement conclure que les facultés intellectuelles, & celles que l'on nomme corporelles ſont deſtinées à une certaine fin. Puis donc qu'il y auroit une contrariété dans la nature, ſi cette fin étoit différente de celle, à laquelle tendent les actions néceſſaires ou naturelles, (dont l'Auteur a donné la définition §. I.) il en réſulte que nos facultés, tant intellectuelles que corporelles ſont deſtinées à la même fin, à laquelle tendent les naturelles ou néceſſaires: c'eſt au reſte par *l'expérience* (*a poſteriori*) que nous apprenons, que les actions libres peuvent être déterminées par les mêmes raiſons finales, ou bien par des raiſons finales différentes de celles, par leſquelles ſont déterminées les néceſſaires ou naturelles.

Par exemple, la raiſon finale du mouvement naturel de nos organes, eſt la conſervation de notre ſanté. Si, pour conſerver notre ſanté, nous prenons un exercice modéré, cette action libre eſt déterminée par la même raiſon finale que l'action naturelle de l'eſtomac: mais ſi, au lieu de prendre un exercice modéré, nous menons une vie ſédentaire, l'action libre, qui nous porte à la vie ſédentaire, eſt déterminée par une raiſon finale, différente de l'action naturelle de l'eſtomac.

(*) Les définitions, telles que celle-ci, d'idées qui paroiſſent preſque ſimples, & qu'on ne penſe pas ordinairement à définir, pourront paroître d'abord ſingulieres ou obſcures à la premiere vue; mais cette obſcurité diſparoîtra à meſure qu'on les examinera de plus près; ainſi dans le cas de cette définition, qu'on ſe demande ce qu'on entend, quand on s'informe de l'état d'une choſe; de la ſanté, des affaires de quelqu'un, par exemple, on verra qu'après avoir écarté toutes les idées particulieres au cas dont il s'agit, il ne reſte que l'idée de circonſtances que l'on ſuppoſe pouvoir changer, dont on cherche le rapport avec d'autres que l'on ſuppoſe fixes. R. d. T.

(†) Pour ſentir la juſteſſe de cette définition, il ne faut encore qu'examiner quelle idée il reſte, quand on dit qu'une choſe eſt parfaite, après avoir écarté toutes les idées particulieres à cette choſe. R. d. T.

(§) Voilà le principe, d'où Mr. WOLF tire toutes les obligations & les devoirs de l'homme, & ſur lequel on fera bien de s'arrêter, & de réfléchir avant que d'aller plus loin. R. d T.

§. XI. (*f*) La perfection eſſentielle réſulte de la con-

Actions bonnes, mauvaises.

§. XII. Puisqu'on appelle *bon*, tout ce qui perfectionne l'homme & son état; & *mauvais*, tout ce qui le rend moins parfait, il suit delà que *les actions bonnes sont les actions libres, qui tendent à la perfection de l'homme & de son état*, &, par conséquent, *qui sont determinées par les mêmes raisons finales que les naturelles. Et les actions mauvaises sont celles qui tendent à l'imperfection de l'homme & de son état*, par conséquent, *qui ne sont pas déterminées par les mêmes raisons finales que les naturelles.* (§. XI.)

Action bonne en soi, mauvaise en soi, indifférente en soi.

§. XIII. Une *action bonne en soi*, c'est celle qui est bonne par ses déterminations essentielles, c'est-à-dire, par celles qui constituent l'espece de l'action, ou à cause desquelles on la conçoit comme une action d'une telle espece. C'est dans le même sens qu'une *action* est dite *mauvaise en soi.* Celle qui, considérée en elle-même, n'est ni bonne, ni mauvaise, est appellée *indifférente en soi*; cependant *elle devient bonne ou mauvaise, en tant que, par les déterminations accidentelles qui s'y joignent, elle tend à notre perfection, ou à notre imperfection, ou à celles de notre état.*

Bonté & malice intrinseque des actions.

§. XIV. Donc entant que *les actions* sont bonnes ou mauvaises en elles-mêmes, ou que, à cause des déterminations accidentelles qui s'y joignent, elles deviennent bonnes ou mauvaises, elles *ont une bonté ou une malice intrinseque*, de sorte qu'il n'est pas besoin d'un commandement pour qu'elles deviennent bonnes, ou d'une défense pour qu'elles deviennent mauvaises. (*g*)

Elles ont en elles-mêmes leur motif, & sont par elles-mêmes aimables, ou haïssables.

§. XV. Puisque telle est la nature de l'homme, qu'il aime le bien, & qu'il hait le mal; puis encore que *les actions, qui ont une bonté ou une malice intrinseque*, sont bonnes ou mauvaises en elles-mêmes, ou deviennent telles par les déterminations accidentelles, qui s'y joignent (§. XIV.), & que, par conséquent, elles *ont en elles-mêmes un motif de volition ou de nolition:* de façon que nous ne pouvons que les vouloir ou ne les vouloir pas, si nous les connoissons distinctement;

constitution. Lorsque les différentes parties essentielles d'un être sont tellement constituées, qu'elles sont propres à concourir au même but, auquel il est destiné, l'être est considéré comme parfait dans son genre; c'est pour cela que l'Auteur définit la perfection essentielle par l'accord des déterminations essentielles, par lesquelles un être est considéré de telle espece ou de tel genre; & il faut bien distinguer cette disposition de l'être, qui lui *donne des facultés*, d'avec la situation dans laquelle il se trouve, en *employant ces facultés*, attendu que l'emploi des facultés est une détermination accidentelle. Or comme tout ce qui, dans un être, tend à une autre fin, qu'à celle à laquelle tendent ses déterminations essentielles, trouble ou gêne celles-ci; il s'ensuit que la perfection accidentelle est celle, qui consiste dans l'accord des déterminations accidentelles avec les essentielles. Par exemple, un homme a naturellement des talents pour la musique, ces talents forment des déterminations essentielles, qui le distinguent de tous ceux qui ne les ont point, ou qui ne les ont point au même degré; mais, tant qu'il n'a pas acquis l'usage d'employer ces talents, il est pour les déterminations accidentelles égal à celui, qui n'auroit point ces talents. S'il a acquis la facilité de toucher un instrument, il y aura à cet égard un accord entre ses déterminations essentielles & accidentelles, & il pourra être parfait Musicien. Delà il paroît que ceux, par exemple, qui ont des talents pour la chaire, & qui se destinent à parler en public, ont tort de négliger l'art du geste & de l'élocution; parce qu'en négligeant ces dons, ils sont cause que leurs Discours manquent du degré de perfection qu'ils pourroient leur donner. Delà on concevra aisément la vérité de ce que l'Auteur dit à la fin de ce paragraphe, savoir que la perfection accidentelle doit avoir la même raison déterminante que l'essentielle, & conséquemment que les actions libres, qui sont déterminées par les mêmes raisons finales que les naturelles, tendent à la perfection de l'homme & de son état; tandis que celles, qui sont déterminées par des raisons différentes, doivent nécessairement tendre à son imperfection.

§. XIV. (*g*) Ce paragraphe prouve, avec quelle simplicité & avec quelle clarté, les vérités se développent & se présentent à l'esprit, dès que l'on observe l'ordre naturel, par lequel elles sont liées. On a soutenu, & même des Savants d'un rang distingué ont enseigné, qu'il n'y avoit ni bien ni mal, que ce que les Loix civiles établissoient comme tel: qu'il n'y avoit d'autre moralité de nos actions, que celle

ment ; il s'ensuit que *les actions intrinséquement bonnes ou mauvaises sont, par elles-mêmes. aimables, ou haïssables.* Et delà encore il est évident, que *les actions, qui tendent à la perfection de l'homme & de son état, ont en elles-mêmes un motif de volition, & sont desirables par elles-mêmes; & que celles, qui tendent à l'imperfection de l'homme & de son état, renferment un motif de nolition, & sont par elles-mêmes haïssables.* (*b*)

Rectitude des actions. §. XVI. *La rectitude ou la* droiture *d'une action* est sa convenance, avec toutes les déterminations essentielles de l'homme, de sorte que la raison suffisante de cette action, se trouve dans toutes ces déterminations prises ensemble; & que, par conséquent, on puisse comprendre par leur moyen pourquoi l'action doit être telle, & non autrement. Donc *une action droite requiert un accord dans l'usage de toutes les facultés de l'ame & de la faculté physique du corps.* (*i*)

Leurs défauts, faute, dol. §. XVII. C'est pourquoi, *si dans une action libre, il y a quelque défaut du côté de l'entendement, ou de la volonté, ou enfin de la faculté physique, elle s'écarte de la rectitude* (§. XVI.). Un défaut vincible de rectitude dans l'action, du côté de l'entendement, s'appelle *faute* *; du côté de la volonté ou de l'intention, il s'ap-

* culpa.

celle que l'esprit de l'homme jugeoit à propos de leur attribuer; & ils se sont fondés sur ce que les mêmes actions sont considérées comme bonnes chez certains peuples, tandis que d'autres les regardoient comme mauvaises. Notre Auteur fournit ici une demonstration, évidente & au-dessus de toute exception, de la moralité des actions de l'homme ; indépendante des différentes manieres dont elles peuvent être envisagées. Ceux qui en desireront quelque chose de plus étendu, peuvent lire le Discours préliminaire de GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix* §. 5. & suiv. & y ajouter la lecture des notes de Mr. BARBEYRAC.

§. XV. (*b*) Puisqu'il y a une moralité dans les actions, c'est-à-dire, une raison pourquoi elles sont bonnes ou mauvaises par elles-mêmes, il en résulte qu'elles contiennent une raison pourquoi il se faut porter aux unes, & éviter les autres: c'est ce que l'Auteur enseigne dans ce paragraphe-ci. Les mots *desirables* & *haïssables* employés ici, ne repondent pas parfaitement à l'idée d'*appetibiles* & *aversabiles*.

§. XVI. (*i*) On a vu que la perfection exige un accord de toutes les déterminations: une action approchera donc plus ou moins de la perfection, à mesure qu'elle sera le resultat de cet accord: delà l'Auteur déduit, que la rectitude ou la droiture d'une action consiste dans son accord avec toutes les déterminations essentielles de l'homme, & qu'une action, pour être droite, exige un usage non discord de toutes les facultés de l'ame, & de la faculté corporelle, ou exécutive du corps.

(†) Dol, *dolus*, est un mot latin, qui signifie ordinairement fraude, mais que nous conservons ici, à l'exemple des autres Jurisconsultes, parce qu'il présente un sens plus étendu que celui de fraude; il marque en général tout défaut dans l'intention. Dans l'usage ordinaire les mots de *malice* & de *négligence* répondent assez exactement à ceux de dol & de faute, & nous les employerons dans la suite indifféremment, lorsque la précision n'en souffrira pas. R. d. T.

§. XVII. (*k*) Nous avons trouvé dans le §. III. le fondement de l'imputation, c'est-à-dire, la raison pourquoi on rend quelqu'un responsable de son action : celui-ci nous montre les trois sources, par lesquelles les actions humaines peuvent manquer d'être droites : ce sont l'entendement, la volonté & la faculté corporelle: dès qu'il y a défaut à l'un de ces trois égards, l'action manque de droiture ou de rectitude.

L'Auteur nous indique encore dans ce paragraphe la raison, pourquoi les actions sont imputées ou ne le sont point, suivant que, par un usage de nos facultés, on auroit pu vaincre le défaut de notre jugement, de notre volonté, ou de nos facultés corporelles. Souvent dans les actions humaines, il y a défaut à ces trois égards : par exemple, quelqu'un ignore la loi, qui défend d'aller à toute bride à travers une ville; il le fait, conduit mal les chevaux, renverse une tente, blesse un vieillard, tue un enfant. Il y a ici un défaut dans l'entendement, parce que celui qui commet cette action, ignore la loi; il y a un défaut dans sa volonté; car, quoiqu'il n'ait pas eu precisément celle de renverser la tente, de blesser le vieillard, & de tuer l'enfant, cependant il a bien voulu s'exposer à causer ces malheurs. Il y a un défaut du coté des facultés corporelles, parce que celui qui a agi, s'est conduit mal-adroitement.

Notre Auteur nomme *dol* tout défaut, qui empêche la volonté d'être droite: & nous allons voir que cette définition répond dans le fonds aux idées que les Jurisconsultes ont attachées à ce qu'ils nommoient *dolus malus*. ULPIEN préfere ce qu'il appelle la définition de *Labeo* à celle de *Servius l.* 1. §. 2.

s'appelle *dol* (†). Le nom de *faute* se donne aussi ordinairement à tout défaut de rectitude en général. On appelle *vincible* ce qu'on pouvoit éviter en se servant de ses facultés. Il paroît delà qu'*on peut imputer à l'Agent les actions où il y a faute, aussi bien que celles où il y a dol* (§. III.). D'un autre côté on appelle *invincible* ce qu'on ne pouvoit éviter en se servant de ses facultés. Donc, puisque *les choses qui arrivent par hazard, sans qu'il y ait eu de notre faute*, ne peuvent point être évitées, (comme si la grêle détruit les bleds, si une inondation renverse une maison) elles *ne peuvent non plus nous être imputées.* (ibid.). (*k*).

§. XVIII. Puisqu'il n'est pas possible que nous voulions ou ne voulions pas, ce que nous ne connoissons point, & que par conséquent, la volonté ou la nolonté dépend de l'entendement ou de la faculté de connoître; *une action où il y a dol est faite par quelqu'un qui le sait & le veut; une action où il y a faute se fait sans qu'on le veuille.* *Action où il y faute, ou dol.*

§. XIX. La faute & le dol consistent dans un défaut vincible de rectitude dans l'action (§. XVII.) Un défaut vincible vient du non-usage de nos facultés, c'est-à-dire, d'avoir négligé l'usage, qui nous en a été accordé (ibid.); Donc *la faute & le dol viennent du non-usage de nos facultés.* *Origine de la faute, & du dol.*

§. XX.

§. 2. *ff. de dol. mal.* car il est facile de voir que ce que *Labeo* donne pour une définition, n'en est pas une; & que ce Jurisconsulte exprime simplement dans cet endroit quelques caracteres du *dol*, qui constituent proprement une tromperie: il nomme le *dol: omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeo* désigne par ces mots un défaut dans la volonté, mais d'une volonté particuliere, qui tendoit uniquement à tromper; & qui donnoit au lésé l'action de *dol*; il n'y exprime pas cette sorte de *dol*, dont la coërcition étoit laissée à la partie publique.. Cependant les Jurisconsultes Romains & *Labeo* lui-même n'ont pas toujours limité le *dol* à ce sens particulier: ils l'ont étendu à tout vice ou défaut dans la volonté, comprenant sous le mot de *dol*, non seulement la volonté de tromper, mais en général celle de nuire. La *l.* 7. *ff. de dolo malo* nous en fournit entr'autres les exemples: on y lit au §. 3. *Si quadrupes tua, dolo alterius, damnum mihi dederit: quæritur, an de dolo habeam adversus eum actionem? Et placuit mihi quod Labeo scribit; si dominus quadrupedis non sit solvendo, dari debere de dolo: quamvis, si noxæ deditio sit secuta, non puto dandam, nec in id, quod excedit.* La définition de *Labeo*, qu'ULPIEN préfere à celle de *Servius*, ne porte donc pas tant sur les qualités du fait, considéré en lui-même, que sur ce qui pouvoit le rendre susceptible de l'action de *dol*: cela se voit en particulier à la *l.* 18. §. 2. *eod.* où nous lisons: *si dominus proprietatis insulam, cujus usufructus legatus erat, incenderit, non est de dolo actio; quoniam aliæ ex hoc oriuntur actiones*; preuve qu'on trouvoit le caractere du *dol* dans le fait, & qu'on auroit donné l'action de *dol*, s'il n'y en avoit pas eu d'autres: ULPIEN la donne même dans ce cas, *Plane si proprietarius hoc fecit ex testamento vel de dolo tenebitur l.* 5. *ff. de usufr. ear. rer.* §. 3. & le §. 7. de la *l.* 7. fait bien voir que dans les cas de *dol*, il ne s'agit pas toujours d'un fait pour tromper ou surprendre quelqu'un, comme la définition de *Labeo* semble l'insinuer. Si l'on en veut d'autres preuves, on n'a qu'à ouvrir les Pandectes: *Capitalem fraudem admittere, est*, dit ULPIEN *l.* 23. *ff. de ædil. ed.*, *tale aliquid delinquere, propter quod capite puniendus sit. Veteres enim fraudem pro pœna ponere solebant. Capitalem fraudem admisisse accipiamus, dolo malo & per nequitiam.* Lorsque GAJUS dit dans la *l.* 44. *ad leg. Jul. de adult. coërc. adulterium sine dolo malo non committitur*, il ne prend certainement pas le *dol* dans le sens, que *Labeo* lui donne dans la définition citée ci-dessus. Et lorsque dans la loi *Cornelia de Sicariis, dolus pro facto accipitur*, ainsi que nous l'apprend le Jurisconsulte *Paul*, il est bien certain que le mot *dol* y doit avoir eu une signification plus étendue, qu'une volonté de tromper ou de surprendre: & surement les Empereurs *Dioclet. & Maxim.* ne le prennent pas dans un sens si limité, lorsqu'ils disent: *Is, qui cum telo ambulaverit hominis necandi causa, sicut is, qui hominem occiderit, vel cujus dolo malo factum erit commissum, legis Corneliæ de sicariis pœna coërcetur l. 7. C. ad l. Corn. de Sic.* Enfin nous n'avons qu'à jetter les yeux sur ce qui est dit dans les *ff. ad leg. Corn. de sic.*, pour nous convaincre que le mot *dol*, *dolus malus* signifie dans le droit Romain toute mauvaise intention, qui tend à faire du mal à autrui. *Lege Corneliæ de sicariis & veneficis tenetur, qui hominem occiderit, cujusve dolo malo incendium factum erit; .... quive falsum testimonium dolo malo dixerit ....* l. 10. *eod. si quis dolo insulam meam exusserit, capitis pœna plectitur, quasi incendiarius. l.* 16. *eod. Qui cædem admiserunt sponte, dolove malo, in honore aliquo positi, deportari solent.*

Impuissance d'agir. §. XX. Il faut distinguer du non-usage d'une chose, *l'impuissance de s'en servir*, qui consiste en ce que son usage est indépendant de notre volonté, ensorte qu'il nous est impossible. *Ce qu'on doit attribuer à l'impuissance de se servir des facultés de l'ame & du corps est invincible* (§. XVII.); donc il *ne peut nous être imputé, à moins que nous n'ayions contracté cette impuissance par notre faute* (ibid.) (*l*).

Différentes especes de fautes. §. XXI. Il y a plusieurs actes apartenant à la faculté de connoître, & que supposent les actes de la faculté physique dans les actions libres; c'est pourquoi il y a différentes especes de fautes, selon la diversité de ces actes. Ainsi on peut agir *par inadvertance* * c'est-à-dire sans faire attention à ses actions; *inconsiderement* † en négligeant les actes de l'entendement par lesquels l'agent auroit pu connoître le bien, ou le mal, qui, dans les circonstances présentes peut résulter de son action; on peut agir *sans prévoyance* * c'est-à-dire sans faire attention au mal qui peut arriver dans un cas donné, & que l'agent pouvoit prévoir; on peut *agir avec précipitation*, † c'est-à-dire, en se déterminant à agir sans faire des facultés de connoître l'usage requis pour la rectitude de l'action; on peut agir avec *imprudence*, sans examiner ce qu'en conséquence des circonstances présentes il seroit le plus à propos de faire; on peut agir *sans souci* *, ou avec *non-chalance* sans s'inquiéter de la rectitude de l'action; enfin on peut agir avec *négligence*, c'est-à-dire, en omettant, faute de se servir de ses facultés, les choses qui doivent être faites dans une certaine fin. On voit par là, pourquoi ordi-

* *Incogitantia*
† *Inconsiderantia.*
* *Improvidentia.*
† *Præcipitantia in agendo.*
* *Incuria.*

A ces passages & à bien d'autres, que l'on pourroit y ajouter, il paroît que les *Jurisconsultes Romains* ont entendu par le *dolus malus*, précisément ce caractere, ce défaut de la volonté, qui détourne ou éloigne une action libre de la droiture ou de la rectitude qu'elle doit avoir.

Les définitions que notre Auteur nous donne, de la faute ou coulpe & du *dol*, nous montrent une différence à laquelle il importe de bien faire attention: parce que cette différence est la pierre de touche, qui doit guider le jugement, lorsqu'il faut décider, si une action mérite punition ou point. Nous aurons occasion d'en faire voir la conséquence.

§. XX. (*l*) C'est sur le principe énoncé dans ce §. qu'est fondé cet axiome du Droit Romain. *Impossibilium nulla est obligatio. l.* 105. *ff. de reg. jur. Nullum crimen patitur is, qui non probibet, cum probibere non potest. l.* 109 *eod.*: & ce principe nous fournit la raison de plusieurs décisions répandues dans les Pandectes & le Code. Par ex. dans la *l.* 23. *de ædil. ed.* ULPIEN dit: *Cæterum si quis errore, si quis casu fecerit, cessabit Edictum. Unde Pomponius ait neque impuberem, neque furiosum capitalem fraudem videri admisisse.* On suppose qu'il ne faut pas attribuer à un Impubere & à un Furieux, l'état dans lequel ils se trouvent, de ne pouvoir faire usage de leurs facultés: suivant ce que dit Modestinus *Infans vel furiosus, si hominem occiderint, Lege Cornelia non tenentur: cum alterum innocentia consilii tuetur; alterum fati infelicitas excusat. l.* 12. *ff. ad leg. Corn. de Sic.* dès qu'on les en suppose en état on leur impute le non-usage de leurs facultés. *Et bis dumtaxat impuberibus Senatusconsulto parci credebat, qui tantum sub eodem tecto fuissent, qui vero ministri, vel participes cædis fuissent, & ejus ætatis (quanquam nondum puberis) ut rei intellectum capere possent, bis non magis in cæde domini, quam in ulla alia causa parci oportere.* Ce que notre Auteur nous enseigne dans ce paragraphe est d'ailleurs très important pour fixer les degrés de l'imputation, dans certains cas: elle dépend non-seulement du plus ou moins d'intelligence qu'on trouve dans l'Agent; mais encore du plus, ou moins qu'il y a de sa faute d'avoir contracté ou de n'avoir pu surmonter les défauts soit de l'entendement, soit de la volonté, soit des facultés corporelles qui l'ont détourné du droit chemin; & c'est à quoi les juges doivent en particulier bien faire attention pour décerner les peines. Car comme le degré d'intelligence varie dans les enfans, dans les adolescens, il varie aussi dans les hommes: le degré d'imputation n'est donc pas le même dans tous les cas supposés parfaitement semblables, pour tous les agens. Le repos public & les imperfections humaines ne permettent pas qu'on atteigne à la perfection; mais on doit en approcher le plus près possible. C'est donc avec raison que *Marcien* dit *l.* 11. *ff. de pœnis: Perspiciendum est judicanti, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa deposcit: nec enim aut severitatis, aut clementiæ gloria affectanda: sed perpenso judicio, prout quæque res expostulat statuendum est.*

L'état d'ivresse est de tous les états celui dans lequel

ordinairement on renferme sous le nom de *négligence* toutes les especes de fautes ; & que la *diligence* qui lui est opposée, consiste à faire toutes les choses qui doivent être faites dans une certaine fin. (*m*)

§. XXII. Il y a aussi un défaut de rectitude dans les actions, qui vient de ce qu'on n'a pas fait un bon choix dans le cas d'une opposition ou conflict de devoirs, défaut que nous appellons *faute moyenne*, & que d'autres appellent *faute de propos*, ou de dessein ; telle seroit la faute de celui qui touché de compassion briseroit les fers de l'esclave d'un autre, pour qu'il pût s'enfuir. *Dans une faute moyenne on fait* donc *ce que l'on fait*, *mais sans le vouloir directement.* On connoîtra mieux la faute moyenne, par ce que nous dirons dans la suite du conflict des devoirs. (*n*) *Faute moyenne, de propos.*

§. XXIII. L'*Intention de l'agent* est la volition de ce, pourquoi il agit; comme par exemple s'il rend un témoignage pour qu'un innocent soit condamné. L'*intention* est *directe* quand l'agent se propose précisément ce pourquoi il agit; comme, dans l'exemple allégué, on se propose directement la condamnation de l'innocent: L'*intention* est *indirecte* si l'agent ne veut pas pour elle-même la chose qui suit de son action, & qui du reste en peut suivre aussibien que ce qu'il veut (*). Pareillement il y a une *intention immédiate* par laquelle on se propose une chose pour elle-même; & une *intention médiate*, par laquelle on se propose une chose en vue d'une autre qui en doit suivre. (*o*) *Intention de l'agent, directe, indirecte, immédiate, médiate.*

§. XXIV.

lequel l'homme est le moins maître de sa raison; mais c'est en même temps celui qu'on peut le plus éviter, & qui est le moins excusable: cependant comme les excès commis dans l'ivresse ne sont pas imputés, comme ayant été les objets de la volonté, mais comme des suites d'un non-usage de nos facultés; il est sensible que ces excès doivent être imputés plus rigoureusement à ceux qui ont contracté l'habitude de s'enivrer, qu'à ceux qui, par un pur accident, auront été pris de vin: distinction que bien des Jurisconsultes ont admise, mais dont, faute d'en saisir le véritable fondement, ils n'ont pas fait toute l'application qu'elle demande. J'aurai occasion d'en parler plus particulierement dans la suite.

§. XXI. (*m*) Comme il y a plusieurs causes, qui peuvent donner lieu à un défaut dans l'entendement, les actes intellectuels qui en résultent doivent être différents entr'eux, ainsi que le seront les causes dont ils dépendront; d'où il s'ensuit que la moralité des actes physiques qui seront produits, en conséquence de ces actes intellectuels, différera suivant que ces actes intellectuels seront différents ; & conséquemment que les fautes seront de différente nature ou de différente espece, suivant que le défaut de l'entendement aura été différent. L'Auteur rend ces vérités sensibles par les définitions, qu'il donne ici de plusieurs actes intellectuels qui sont vicieux.

§. XXII. (*n*) L'Auteur a vraisemblablement pris l'exemple qu'il propose ici, de ce que nous lisons au §. 7. *l.* 7. *ff. de dolo malo.* En voici les paroles: *Labeo quærit; si compeditum servum meum, ut fugeret, solveris, an de dolo actio danda sit? Et ait Quintus apud eum notans : si non misericordia ductus fecisti, furti teneris : si misericordia, in factum actionem dari debere.* Cependant l'application que notre Auteur en fait ne me paroît pas tout-à-fait juste : ce n'est pas, suivant ce qu'il enseigne dans ce paragraphe, le motif qui distingue la *coulpe moyenne* des autres; mais l'effet de son action: or celui qui dégage un esclave, de façon qu'il s'évade, par un principe de compassion, a sans doute eu l'intention de le faire évader ; & il a su qu'en le dégageant il lui en procuroit le moyen : on ne peut donc pas dire que cette action ait été faite *à sciente, non tamen directe volente. Quintus* condamne celui, qui a donné lieu à l'Esclave de s'enfuir, à réparer le dommage que le maître souffre par cette fuite ; mais il ne veut pas accorder l'action de *dol:* pourquoi? parce que celui qui a fait cette action par compassion, ne paroît pas avoir eu l'intention de commettre un vol.

(*) Si par exemple on veut faire périr un innocent, pour se sauver soi-même. R. d. T.

§. XXIII. (*o*) Nous avons donné ci-dessus un exemple de l'*intention indirecte :* les actions qui procedent d'une *intention directe*, & celles qui procedent d'une *intention indirecte*, admettent l'imputation; ainsi que celles qui prennent leur source dans une *intention immédiate*, & dans une *intention médiate :* parce que là, où il y a intention, il y a l'usage de la volonté par rapport à une action libre, qu'on a été dans le cas de pouvoir commettre ou omettre ; mais comme les actions libres

Dol innocent, criminel.

§. XXIV. Les Anciens ont donné au *dol* l'épithète de *bon*, pour désigner le

ne sont imputées, relativement aux obligations qu'elles produisent, qu'autant qu'elles sont libres, c'est-à-dire, autant que nous aurions pu éviter les effets qui en résultent, il est manifeste que celles qui partent d'une *intention directe* ou *indirecte*, *médiate* ou *immédiate*, ne sont pas toutes également imputées & de la même maniere. Il y a encore une distinction à observer par rapport à l'imputation. L'imputation produit différents effets, & se fait différemment, suivant qu'une action, qui blesse le droit d'un autre, est considérée relativement à la Société humaine, ou bien relativement à celui qui a été en particulier l'objet de l'action. Relativement à la Société humaine, comme le Public est intéressé que la volonté des hommes soit droite; & que les peines n'ont d'autre but, que d'empêcher les hommes d'avoir des mauvaises volontés, il est visible que l'imputation se regle sur la volonté de l'Agent & l'effet qu'elle a eu: relativement à celui qui a été l'objet de l'action; comme il est simplement question de le rétablir dans son droit, & de réparer le dommage, l'imputation se regle sur les effets, sans considérer si l'action a pris sa source dans l'ignorance, l'erreur, ou quelque autre défaut, soit de l'entendement soit de la volonté, le non-usage des facultés est imputé en plein; & c'est sur cela qu'est fondée cette décision du Droit Canon. *Decret. Greg. L.* v. *T.* 36. *C.* 9. *Si culpa tua datum est damnum, vel injuria irrogata, seu aliis irrogantibus opem forte tulisti: aut hæc imperitia tua, sive negligentia evenerunt: jure super his satisfacere te oportet, nec ignorantia te excusat, si scire debuisti ex facto tuo injuriam verisimiliter posse contingere vel jacturam. Quod si animalia tua nocuisse proponas; nihilominus ad satisfactionem teneris; nisi ea dando possis damnum, velis liberare te ipsum: quod tamen ad liberationem non proficit, si fera animalia, vel quæ consueverunt nocere fuissent, & quam debueras non curasti diligentiam adhibere. Sane, licet, qui occasionem damni dat, damnum videatur dedisse: secus est tamen in illo dicendum, qui, ut non accideret, de contingentibus nil omisit.* Toute action libre est donc pleinement imputée, soit que l'intention eût été médiate ou immédiate, directe ou indirecte, lorsqu'elle est considérée uniquement par rapport au dommage à réparer, pourvu qu'elle ait eu ses effets & autant qu'elle les a eus.

Mais il n'en est pas ainsi lorsqu'on considere ces actions, relativement à l'intérêt que la Société a de les réprimer: c'est alors qu'on les impute, suivant que la volonté s'est portée plus ou moins à l'effet qui en a résulté. C'est par cette raison qu'il ne suffit pas qu'un homme soit tué pour user du glaive, il faut un meurtre: *Item illud sciendum est, nisi constat aliquem esse occisum, non haberi de familia quæstionem. Liquere igitur debet, scelere interemptum ut Senatusconsulto locus sit. l.* 1. *§.* 24. *ff. ad SCt. Silan.*

Ainsi donc, si une action a eu son effet, que l'intention en ait été directe, immédiate ou non, elle est pleinement imputée. C'est pour cela qu'on ne voit à cet égard aucune différence dans la disposition des Loix Romaines, qui rendent quelqu'un responsable de son action, lorsqu'il s'agit d'infliger des peines. *Lege Cornelia de sicariis & veneficiis tenetur, qui hominem occiderit, cujusve dolo malo, incendium factum erit; quive hominis occidendi, furtive faciendi causa cum telo ambulaverit; quive, cum Magistratus esset, publicove judicio præesset, operam dedisset, quo quis falsum judicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur, condemnaretur. §.* 1. *Præterea tenetur, qui hominis necandi causa venenum confecerit, dederit; quive falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico judicio rei capitalis damnaretur; quive Magistratus judexve quæstionis sub capitalem causam pecuniam acceperit, ut publica lege reus fieret.* D'un autre côté la peine n'étoit pas admise, si la volonté ne s'étoit pas portée à l'effet, qui avoit résulté de l'action. *Divus Hadrianus* (lisons-nous dans le §. 3. *l.* 1. *ff. eod.*) *rescripsit, eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse.* Mais comme par rapport aux actions, dont les effets sont tels, que la Société civile a cru devoir les réprimer par des peines, la volonté peut y avoir eu plus ou moins de part, & qu'on peut avoir fait plus ou moins un mauvais usage de ses facultés, ou bien être la cause volontaire du non-usage des facultés, dont l'action est résultée, l'imputation admet une infinité de degrés, qui ne peuvent être déterminés que par les circonstances.

Pour ne pas être sujet à aucune peine, il faut qu'on ne puisse nous reprocher ni un défaut dans notre volonté, ni un mauvais usage ni un non-usage de nos facultés: c'est alors que notre action est parfaitement innocente, & qu'on ne peut nous rendre responsables des suites fâcheuses, qui en auront pu résulter. C'est sur ces principes que les Empereurs *Dioclet. & Maxim.* disent dans la *l.* 5. *C. ad leg. Corn. de Sic. Eum qui adseverat homicidium se non voluntate, sed casu fortuito fecisse, cum calcis ictu mortis occasio præbita videatur: si hoc ita est, neque super hoc ambigi poterit, omni metu ac suspicione, quam ex admissæ rei discrimine sustinet, secundum id, quod adnotatione nostra comprehensum est, volumus liberari.* Et c'est encore parce que la mort d'un agresseur ne doit pas être imputée à celui qui se défend, & qui, en se défendant, tue celui qui l'attaque, mais à l'agresseur, comme cause libre des suites de sa propre action, que l'Empereur *Galien* dit dans la 4. *l. eod. Si ut allegas latrocinantem peremisti: dubium non est, eum,* qui

le semblant qu'on fait de vouloir ou de penser quelque chose, en vue de quelque but

qui inferendæ cædis voluntate præcesserat, jure cæsum videri.

Mais lorsqu'il y a quelque défaut dans le volonté, ou lorsqu'on a manqué dans l'usage de ses facultés, & que ce manquement résulte de dispositions antérieures, que l'on auroit pu ou dû éviter, & que cependant la volonté n'a pas été portée à l'effet qui en a résulté, que l'intention n'a pas été directe mais indirecte, il y a alors un mélange de déterminations, qui rendent le degré de l'imputation assez difficile à fixer. Ordinairement on regle alors l'imputation sur le plus ou le moins de mal qu'on s'est proposé de faire, sur le plus ou le moins qu'on auroit dû éviter les circonstances, dans lesquelles on s'est trouvé; suivant que le degré d'imperfection, qui a mis notre volonté & nos facultés en défaut, doit nous être plus ou moins imputé; & enfin suivant que le mal, produit par notre action, intéresse la sûreté publique & le bien général de la Société. Il est aisé de concevoir que la combinaison de ces déterminations peut varier à l'infini, & qu'elle doit faire pour le Juge un objet très-difficile; mais ce qui le rend plus difficile encore, c'est que la Société exige souvent une punition pour un fait, commis sans aucune volonté, tout comme si l'Agent avoit eu l'intention de faire le mal qu'il a fait, bien qu'il ne sache pas même ce qu'il a fait. C'est-là le cas de ceux qui commettent quelque crime dans l'ivresse: on leur impute, par le châtiment statué envers ceux qui le commettent, toutes les suites de l'état dans lequel ils se sont volontairement mis, suivant le principe exposé ci-dessus (§. III.): & quoiqu'il arrive qu'on ait été mis dans cet état par accident; cependant, comme le bien de la Société demande qu'on ne soit pas exposé aux funestes effets de l'ivrognerie, rarement sauve-t-on par là l'Agent, quoique ce soit un motif pour le Juge d'adoucir la peine autant qu'il est possible. Or puisqu'en infligeant une peine à quelqu'un qui aura commis un délit dans l'ivresse, on ne fait pas cette punition à cause de la volonté qu'il a eue de commettre ce délit, ni pour détourner la volonté des autres de commettre de semblables crimes, mais à cause de l'état, qui lui a donné lieu de commettre ce délit, & pour engager les autres à éviter de se mettre dans cet état, il est évident que la peine ne doit jamais aller au-delà de l'effet que l'action a produit; & que la regle qui dit, que celui qui commet un délit en ivresse doit être puni, comme s'il l'eût fait n'y étant point, est une regle très-fausse: puisque dans le dernier cas la peine se doit proportionner plus sur la volonté, que sur l'effet d'une action.

Ceci me conduit à un autre degré d'imputation, sur lequel il est très-essentiel de bien réfléchir. A considérer le but des peines, qui est proprement d'empêcher que la volonté ne se porte au mal, on diroit qu'on ne doit jamais faire attention si la volonté a eu son effet ou non: qu'il suffit que la volonté y ait été portée pour infliger au coupable la peine statuée contre le crime qu'il a voulu commettre. Cependant la pratique n'est pas conforme à cette doctrine: du moins il y a des Tribunaux, où l'on adoucit la peine, lorsque l'action n'a pas eu son plein effet. La regle qui établit qu'on n'ait jamais égard à l'effet, & celle qui veut que l'on y ait toujours égard me paroissent toutes deux manquer de justesse. La volonté peut être portée à un crime & en être detournée dans le tems qu'on l'execute: il y a donc une raison prise de la volonté-même, qui fait qu'on peut adoucir la peine d'un meurtre, qui n'a pas eu son plein effet; & dans ces cas, il me semble que la regle, qui veut qu'on n'ait aucun égard à l'effet, ne doit pas être admise; mais si la volonté s'est trouvée tellement déterminée, que le Criminel ait fait tout ce qui a dépendu de lui pour achever le crime, & qu'il n'ait pas tenu à lui qu'il n'ait eu son plein effet, il me semble que ce qui manque à l'accomplissement du crime du côté de l'effet, ne doit pas plus lui être imputé, que ne le seroit à son desavantage une action innocente, par laquelle il auroit causé quelque mal. Le Droit Romain, rempli de faits, nous en offre beaucoup auxquels nous pouvons appliquer ces principes. La regle, que dans la punition des crimes, il faut considérer uniquement la volonté & la prendre pour le fait, y paroît avoir été assez généralement adoptée. Les paroles d'*Adrien* sont bien claires: *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus. l. 14. ff. ad leg. Corn. de sic.* On ne peut rien de plus expressif ni de plus concis. Le même Empereur veut que celui qui blesse quelqu'un avec intention de le tuer, sans le tuer pourtant, soit traité en homicide: *qui hominem non occidit sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandus. l. 1. ff. ad leg. Corn. de sic. In lege Cornelia dolus pro facto accipitur*, dit le Jurisconsulte PAUL dans la *l. 7. eod.*

C'est donc une regle générale que par rapport aux peines, l'imputation doit se regler sur la volonté. Le Droit Romain va plus loin encore, il punit la volonté comme le fait, quand même l'acte, qui constitue le crime, n'auroit pas été commencé: celui qui se promene avec des armes à la main pour commettre un meurtre, est condamné à la mort, suivant la *l. 1. & 7. ff. ad leg. Corn. de sic. & l. 7. C. eod.* Celui qui achette du poison pour le donner à son père, est tenu pour parricide, quoiqu'il n'ait pu donner le poison *l. 1. in fin. ff. ad leg. Pomp. de parric.* Cependant il y a des décisions dans le Droit Romain qui paroissent:

but qui n'a rien d'illicite; & par opposition ils ont appellé *dol mauvais* celui dont nous avons parlé (§. XVII.). (*p*)

Dol de propos, dol de chose. §. XXV. Le dol mauvais ou criminel se distingue en *dol de propos*, ou de dessein, par lequel l'agent se propose soit directement, soit indirectement, le mal qui résulte de son action, & *dol de chose*, qui est lorsque l'agent ne se propose pas à la vérité ce mal, mais qu'il consent, après l'avoir connu par le fait, que celui, sur qui il est tombé, le souffre. C'est le premier cas, quand quelqu'un vend pour vraie, une pierre qu'il sait etre fausse; c'est le second, s'il l'a ignoré, mais qu'ensuite l'ayant su, il ne veuille pas rendre le prix qu'il en a reçu.

Concours à l'action d'un autre. §. XXVI. Souvent encore *les hommes concourent à l'action d'un autre*, c'est-à-dire qu'ils y contribuent par quelqu'une de leurs actions; soit par un acte de l'entendement, comme en faisant naître, dans l'esprit de l'agent, l'idée d'une action à laquelle il ne pensoit point, en le mettant au fait des circonstances qui se présentent dans un certain cas, en lui donnant des conseils, en lui proposant des motifs d'agir

sent s'éloigner de la sévérité de cette doctrine: du moins c'est l'opinion de quelques-uns de ses interprêtes; qui prétendent encore que le Droit Romain admet l'exception à la regle, lorsqu'il s'agit de crimes moins graves: ils se fondent sur ces paroles de GAJUS dans la *l.* 3. *ff. de his, qui notant. inf. Qui autem operas suas locavit ut prodiret artis ludicræ causa, neque prodit, non notatur: quia non est ea res adeo turpis ut etiam consilium puniri debeat.* Nous pourrions remarquer sur cela qu'ULPIEN n'est pas d'accord avec GAJUS. Le premier nous dit au §. 6. *l.* 1. *de post. Ergo qui locavit, solus notatur, sive depugnaverit sive non.* Et cette décision paroit mieux fondée que celle de GAJUS, parce que ce n'est pas l'exercice de se battre avec les animaux, qui soumet quelqu'un à la peine d'infamie, mais l'action de se louer pour cet exercice: ainsi celui qui s'est loué pour cela, qu'il se batte ou qu'il ne se batte pas, a déjà commis le fait sur lequel la note d'infamie a été statuée. Nous tâcherons de mettre ces deux Jurisconsultes d'accord: examinons la raison que GAJUS donne de son sentiment: *c'est*, dit-il, *parce que la chose n'est pas si mauvaise que le dessein doive aussi étre puni.* De cette raison particuliere dans un cas particulier les Interprêtes ont conclu, que, suivant le Droit Romain, dans la punition des crimes legers, on pouvoit adoucir la peine, si la volonté n'avoit pas eu son effet. Mais voici un cas grave où la punition est commuée dans une moindre peine, si l'acte n'a pas été accompli. *Qui puero stuprum, abducto ab eo, vel corrupto comite, persuaserit, aut mulierem puellamve interpellaverit, quidve impudicitiæ gratia fecerit, donum præbuerit, prætiumve, quo is persuadeat, dederit: perfecto flagitio, punitur capite, imperfecto, in insulam deportatur l.* 1. §. 2. *ff. de extraord. crim* Ce n'est donc pas une regle générale que la volonté est prise pour le fait dans les crimes graves, & qu'elle ne l'est pas dans ceux qui sont legers. Quelle est donc la raison de ce que le Jurisconsulte PAUL nous apprend ici: c'est, si je ne me trompe, celle que j'ai donnée ci-dessus: savoir que lorsque la volonté a pu changer, & qu'il n'est pas sûr qu'elle se fût portée réellement au fait, elle n'est pas non plus prise pour le fait. Le cas proposé dans la décision de GAJUS, citée ci-dessus, me paroît indiquer un homme qui, à la vérité, s'est loué pour combattre, mais qui ne s'est pas présenté au combat: il a annullé le contract sur lequel la peine portoit: là où celui dont ULPIEN parle, m'annonce un homme, qui se présente au combat, qui est prêt d'exécuter le contract, & qui l'exécute autant qu'est en lui. Quoiqu'il en soit on voit dans cette *l.* 1. *de extr. crim.* un exemple de ce que notre Auteur nomme une *intention médiate*, & que le Jurisconsulte PAUL veut que l'action, par laquelle on a visé à une fin, afin de parvenir à une autre fin, ne soit pas punie suivant le principal but, en cas qu'il n'ait pas eu lieu, mais suivant le but subordonné. *Sollicitatores alienarum nuptiarum, itemque matrimoniorum interpellatores, etsi effectu sceleris potiri non possunt, propter voluntatem perniciosæ libidinis extra ordinem puniuntur.* C'est toujours, comme l'on voit, la volonté qui est chez les Romains l'objet des peines: & leur doctrine me paroît beaucoup plus conforme à la saine Raison & à la bonne Philosophie, que l'usage presque généralement adopté dans tous les Tribunaux, peut-être sur une interprétation erronée de quelques passages de la Sainte Ecriture, entr'autres d'EXOD. XXI *vs.* 12. 18. & 19. NOMB. XXV. *vs.* 16. Je dis une interprétation erronée: car bien loin que ces passages autoriseroient à diminuer la peine en cas que l'effet n'eût pas répondu à l'intention, on voit au contraire manifestement, que DIEU veut que la volonté soit punie, & non l'effet. Les Moralistes sont généralement d'accord qu'on inflige les peines, pour corriger le Criminel, & empêcher les au-

d'agir ou de ne pas agir; soit par un acte de la volonté, comme en ordonnant, en priant, en défendant, en exhortant, en détournant, en menaçant, en séduisant, en sollicitant, en persuadant, en dissuadant; puisque par ces sortes d'actes, on montre suffisamment à un autre, qu'on veut, ou qu'on ne veut pas quelque chose; soit enfin par quelque acte de la faculté physique, comme en aidant, en fournissant les instruments nécessaires pour agir, en donnant l'exemple, dans le dessein d'engager un autre à faire la même chose. Il est aisé de voir que *les hommes participent aux actions d'un autre, en y concourant*, & que par conséquent *le fait d'un autre, auquel vous concourez, vous est imputé, entant qu'il dépend de votre volonté libre* (§. III.). Au reste ce que nous avons dit des différentes façons de concourir à l'action d'un autre, montre assez qu'*on peut commettre une faute, aussi bien qu'un dol, en concourant au fait d'autrui* (§. XVII.), & que *le fait d'autrui nous doit être tantôt plus, tantôt moins imputé* (§. VI. XVII.). (*q*)

§. XXVII. Entre les actions internes il faut placer le *consentement*, qui consiste *Consentement, ce que c'est, & combien de sortes il y en a.*

autres de se porter à de pareilles actions: le but du châtiment est donc uniquement de détourner la volonté de celui qui souffre, & celle des autres, de ce qui peut la rendre vicieuse: donc le châtiment ne doit pas se mesurer sur l'effet mais sur la volonté: avec tout cela, comme la volonté ne se manifeste la plupart du temps que par les effets d'une action, l'on voit pourquoi les peines se proportionnent ordinairement aussi sur les effets.

§. XXIV. (*p*) Notre Auteur definit ici ce que les Anciens ont entendu par un bon dol: rarement ont-ils donné eux-mêmes des définitions justes & exactes: ils se contentoient, comme le remarque Mr. NOODT, Jurisconsulte profond, qui a donné de si beaux Commentaires sur le Droit Romain, de descriptions telles qu'elles. Preuve que la définition par laquelle notre Auteur détermine le sens, dans lequel les Anciens prenoient le bon dol, est exacte, nous n'avons qu'à jetter les yeux sur la *l.* I. *ff. de dol. mal.* où ULPIEN dit dans le §. 3. *Non fuit autem contentus Prætor dolum dicere, sed adjecit* MALUM: *quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant, & pro solertia hoc nomine accipiebant: maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur.* Or comme les Anciens attachoient l'idée de *bon dol* à une *simulation*, ils ont de même attaché l'idée d'un *mauvais dol* à une *simulation*, l'une faite pour une bonne fin, l'autre pour une mauvaise, comme il paroît par ce qu'ULPIEN nous rapporte dans l'endroit que je viens de citer. Mais notre Auteur donne à l'expression de *mauvais dol*, pris par opposition au *bon dol*, un sens beaucoup plus étendu, désignant par cette expression toute volonté qui se porte à une fin illicite, & c'est, comme on l'a vu, celui qui lui est généralement attribué dans le Droit Romain.

§. XXVI. (*q*) Ce paragraphe nous expose la raison de plusieurs importantes décisions du Droit Romain: nous allons en fournir quelques exemples. C'est parce qu'en donnant des ordres pour un fait, notre volonté a concouru à le produire que JAVOLENUS dit: *Liber homo, si jussu alterius manu injuriam dedit, actio Legis Aquiliæ cum eo est, qui jussit, si modo jus imperandi habuit*: *l.* 37. *ff. ad l. aquil.* Celui qui engage quelqu'un à faire injure à un autre y concourt par sa volonté, & le fait lui est imputé. *Non solum is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, hoc est, qui percussit: verum ille quoque continetur, qui dolo fecit; vel qui curavit, ut cui mala pugno percuteretur. l.* II. *ff. in princ. de inj.* car ce n'est pas seulement celui qui fait l'action qui est censé le commettre, mais celui qui anime à le faire; & pourquoi? parce que sa volonté y a autant & souvent plus de part, que celui qui commet l'action. *Fecisse convicium non tantum is videtur qui vociferatus est: verum is quoque, qui concitavit ad vociferationem alios, vel qui summisit, ut vociferentur. l.* 15. §. 8. *eod.* Et comme celui qui donne simplement conseil pour l'éxécution d'un crime y tend par sa volonté, l'action lui est de même imputée: *quosque alios suadendo juvisse sceleris est instar.* C'est sur ce fondement que celui qui donne conseil pour un vol est censé en commettre un *l.* 53. *ff.* §. 2. *de verb. sig.* La *l.* 36. *ff. de furtis* est assez expressive sur ce point; & ULPIEN ne fait aucune distinction entre celui qui commet un adultere, & entre celui qui en donne le conseil *l.* 12. *ff. ad leg. Jul. de adult. coerc. Is cujus ope*, dit SCÆVOLA, *consilio, dolo malo factum est, ut vir, fœminave in adulterio deprehensa, pecunia, aliave qua pactione se redimerent, eadem pœna damnatur, quæ constituta est in eos, qui lenocinii crimine damnantur. l.* 14. *eod.* C'est encore sur le même fondement que MARCIEN dit dans *la l.* 3. *ad leg. Corn. de sic.* §. 4. *Item is, cujus familia sciente eo adipiscendæ, recuperandæ possessionis causa arma sumpserit: item, qui auctor seditionis fuerit, & qui naufragium suppresserit: & qui falsa indicia confessus fuerit, constituendave curaverit, quo quis innocens circumveniretur: & qui bo-*

ste à vouloir que ce qu'un autre veut qui soit fait, ou ne soit pas fait, se fasse ou ne se fasse pas. Si nous declarons en propres termes, ou par quelqu'autre signe, que nous voulons ce qu'un autre veut; le *consentement* s'appelle *exprès*; si on le conclut d'ailleurs, par quelque chose que nous faisons, ou que nous ne faisons pas, le consentement s'appelle *tacite*, & on le nomme *présumé* si l'on conclut probablement que nous le donnons; car *présumer* c'est conclure probablement qu'une chose d'ailleurs douteuse, est vraie dans un cas particulier. Puisque la maniere de déclarer sa volonté ne change pas l'acte-même, *le consentement tacite n'est pas moins un vrai consentement, que celui qui est exprès.* (*r*)

Dissentiment.

§. XXVIII. Au consentement est opposé le *dissentiment* ou désaveu, qui consiste à vouloir que ce qu'un autre ne veut pas qui soit fait, se fasse, ou que ce qu'il veut qui soit fait ne se fasse pas. On voit, comme nous venons de le dire du consentement (§. XXVII.) que le *dissentiment* est ou *tacite* ou *exprès*; & quel est celui que l'on nomme *présumé*, & enfin qu'*un dissentiment tacite peut être aussi bien un vrai dissentiment, que celui qui est exprès.*

Ratification.

§. XXIX. Une déclaration de consentement soit expresse, soit tacite, donnée après le fait s'appelle *ratification.* C'est pourquoi *celui qui ratifie un fait, est censé y avoir consenti*; de sorte que c'est la même chose, que si l'action s'étoit faite de son consentement.

Pourquoi un consentement présumé ne peut être appellé vrai.

§. XXX. Au reste on dit dans le même sens que *nous voulons* ou *ne voulons pas* quelque chose *expressément*, & que la *volition* ou *nolition* est *présumée.* Or comme les choses probables peuvent être fausses, & qu'il n'est pas sûr si elles sont vraies ou non, il s'ensuit que *le consentement*, même *présumé*, ou la *volition & la nolition présumées peuvent tromper*, & que par conséquent *elles ne peuvent êtres dites vraies, mais* qu'*elles sont seulement regardées comme telles, jusqu'à ce qu'on ait prouvé le contraire,* com-

hominem libidinis, vel promercii causa castraverit, Senatusconsulto pœna Legis Corneliæ punitur. C'est encore le motif de ce Senatusconsulte, qui veut que ceux qui par leur conseil font qu'on ne vienne pas au secours des naufragés, sont punis comme assassins. Ceux qui ont connoissance d'un parricide sont punis comme ceux qui l'ont commis suivant la *l. 6. ad l. Pom. de parr.* Ceux qui dans un temps de disette empêchent, ou contribuent à empêcher que des navires arrivent, sont considérés comme auteurs de la disette *l. 2. §. 1. ad l. Jul. de ann.* Celui qui engage au vol de la caisse publique est tenu comme l'ayant volée lui-même. *l. 1. ff. ad leg. Jul. pecul.* Celui qui conseille à un Esclave de s'enfuir, qui le cache ou lui donne du secours dans sa fuite est tenu pour l'avoir volé. *l. peu. §. ult. ff. ad l. Fab. de plag. l. 2. C. eod.* Telles sont les décisions du Droit Romain, qui, comme l'on voit, sont toutes relatives à des cas particuliers, & supposent le principe général énoncé par notre Auteur dans ce paragraphe.

§. XXVII. (*r*) Le Droit Romain nous fournit des exemples de ce consentement tacite & présumé. *Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat. l. 57. ff. de pact.* & le Jurisconsulte PAUL nous donne dans la *l. 2. eod.* ces paroles de *Labeo: sed etiam tacite consensu convenire intelligitur*; ajoutant ensuite; & *ideo, si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem: profuturamque ei conventionis exceptionem placuit.* Voyez aussi *l. 3. §. 1. de lib. legat.* & en particulier *l. 4. ff. de pactis,* Le consentement présumé, qu'on nommoit *fictus* se voit dans les passages suivants. *In prædiis rusticis, fructus, qui ibi n cuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiam si nominatim id non convenerit: l 7 tr. ff. in quib. caus. pignus. Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini. l. 4. ff de div. reg. jur. Semper, qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur.* l. 60. eod. *Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare l. 142. eod.* Il faut distinguer le consentement présumé dont Mr. WOLF parle dans ce paragraphe, de celui qui est uniquement fondé sur l'intérêt qu'on suppose à celui auquel on l'attribue: car la présomption, définie comme notre Auteur le fait, donne à connoître des moyens propres à fixer une probabilité dans un cas douteux: or ces moyens peuvent être différents; & ils ne sont pas tous également propres à nous

comme dans toutes les choſes probables. Si donc on prouve le contraire, puisqu'il eſt ſûr alors, que ce qu'on regardoit comme vrai, eſt faux, *la préſomption* eſt *vaincue par la vérité*, & elle ceſſe. (*s*)

XXXI. Puiſque celui qui ratifie le fait d'un autre déclare ſon conſentement après le fait (§. XXIX.) *la ratification tacite ſuppoſe la connoiſſance du fait qu'il s'agit de ratifier;* & puiſque le conſentement tacite ſe connoît par les faits, cette même *ratification tacite requiert un fait ou un non-fait, que l'agent n'ait pu vouloir, qu'en ſuppoſant le fait qu'il s'agit de ratifier.* *De ce qui est requis dans la ratification.*

§. XXXII. L'*ignorance* eſt l'abſence d'une notion ſoit d'une choſe dont il n'y a qu'à ſe faire une idée, ſoit répondante à un certain jugement. Donc *l'ignorance n'admet point de ratification tacite* (§. XXXI.), & *ſi elle eſt invincible, elle excuſe; mais non pas ſi elle eſt vincible* (§. XVII.); & *celle-ci influe ſur la faute.* (ibid.). (*t*) *Ignorance.*

§. XXXIII. Les Scholaſtiques l'appellent *ſimple*, & ils appellent l'erreur une *ignorance compoſée*, par laquelle on joint des notions qui ne peuvent être jointes. On *erre*, quand on regarde comme fauſſe une propoſition vraie, & quand on attribue par conſéquent à quelque ſujet une propriété ſoit affirmative, ſoit négative, qui ne peut lui être attribuée. C'eſt pourquoi on appelle *erreur* la disconvenance d'une notion d'avec ſon objet. Il eſt clair, au reſte, que *l'erreur vincible influe ſur la faute, & n'excuſe pas.* (§. XVII.). *Ignorance composée, ou erreur.*

§. XXXIV. Il eſt pareillement évident que *l'ignorance ſimple* (§. XXXII.) & *l'ignorance compoſée, ou l'erreur* (§. XXXIII.) *vincibles ſont juſtement imputées* (§. III. XVII.); & qu'au contraire *l'ignorance & l'erreur invincibles ne peuvent être imputées.* Il en faut dire autant des actions qui viennent de l'ignorance & de l'erreur de l'une ou de l'autre eſpéce. (*u*) *De l'imputation de l'ignorance & de l'erreur.*

CHA-

nous guider avec quelque certitude.

§. XXX. (*s*) Ce paragraphe nous fait voir avec quelle circonſpection il faut agir, lorsqu'on eſt obligé de porter un jugement ſur des cauſes, dans lesquelles il n'y a que des préſomptions.

§. XXXII. (*t*) Les Juriſconſultes Romains n'ont pas toujours été également attentifs à diſtinguer l'erreur de l'ignorance; & Mr. NOODT, qui montre tant de juſteſſe d'eſprit paroît avoir été embarraſſé d'en indiquer la différence. *ad t. ff. de jur. & fact. ignor.*

§. XXXIV. (*u*) Le principe que notre Auteur établit dans ce paragraphe en eſt un auquel les Juges ne peuvent aſſez faire attention. L'on dit communément que l'ignorance du fait rend quelqu'un excuſable, mais non pas l'ignorance du droit; & cette propoſition eſt généralement admiſe comme un axiome qui n'admet aucune exception: il s'en faut de beaucoup cependant qu'elle ne le ſoit. Pour que l'ignorance du fait puiſſe rendre quelqu'un entiérement excuſable, il faut qu'il n'ait pas été dans l'obligation de le ſavoir; & qu'étant dans cette obligation, il ait été cependant dans l'impoſſibilité de le ſavoir: & de même il faut, pour que l'ignorance du droit ne puiſſe point ſervir d'excuſe, que celui qui l'ignore ait été obligé de le ſavoir, & qu'il lui ait été poſſible d'en être inſtruit. Il s'enſuit de là 1°. que l'imputation d'un fait ignoré, ainſi que d'une diſpoſition de droit ignorée, dépend des différentes circonſtances, dans lesquelles une perſonne s'eſt trouvée. 2°. que l'imputation des devoirs naturels a toujours lieu, parce que les hommes ont aſſez de lumiéres pour les connoître. 3°. que cette imputation varie ſuivant les différentes circonſtances des Perſonnes; la Providence n'ayant pas réparti à tous les hommes un égal dégré de pénétration, d'eſprit, d'attention & de réflexion. 4°. que l'imputation ne peut jamais avoir lieu, relativement à des loix poſitives, qui n'on pas été duement annoncées, & de façon que tous ceux qui devroient en avoir connoiſſance l'ont pu acquérir; non plus que relativement à celles qui, bien que duement annoncées, ne ſont pas maintenues. Car ſi les faits & les non-faits ſervent à exprimer l'intention des agens comme les paroles de celui qui l'exprime de bouche, ainſi que nous l'avons vu aux §§. 27-31; il eſt clair, qu'on doit tenir pour abrogées des loix qu'on voit enfreindre impunément: la punition des délits annonce & rappelle les loix à ceux qui les ignorent, tout comme le ſont les caractéres im-

CHAPITRE II.

De l'obligation, du droit, de la loi, & du principe du droit naturel. (†)

Obligation active. §. XXXV. L'*obligation* dans un sens actif, que nous appellerons obligation *active*, est la liaison d'un motif avec une action soit positive soit privative; & le *motif* consiste dans la représentation du bien qui découle d'une action positive, ou du mal qui suit d'une action négative. Puisque nous voulons seulement ce que nous nous représentons comme un bien; & que nous ne voulons pas ce que nous nous représentons comme un mal, il suit de la nature de la volonté, que *l'homme ne peut être obligé que par la connexion d'un motif avec l'action.* (x)

Il y a une obligation naturelle. §. XXXVI. C'est pourquoi, puisque les actions qui tendent à la perfection de l'homme & de son état, contiennent un motif de volition, & que celles qui tendent à l'imperfection de l'un & de l'autre contiennent un motif de nolition, & que, par elles-mêmes, celles-là sont désirables, & celles-ci haïssables (§. xv.); il s'ensuit que, *par la nature-même, l'homme est obligé à faire les actions qui tendent à sa perfection & à celle de son état*, & qui par conséquent *sont déterminées par les mêmes raisons finales que les naturelles & non par des raisons différentes* (ibid.). (y)

Moralement possible, impos- §. XXXVII. Puisqu'il est impossible qu'une même chose soit & ne soit pas en même

imprimés sur un papier qu'on affiche; & de même l'omission d'en faire la poursuite doit être tenue pour preuve; qu'on ne doit plus les regarder comme obligatoires. Si l'on fait attention à ces réflexions, auxquelles on en pourroit ajouter bien d'autres, l'on ne concevra point comment il soit possible que, dans un Etat policé, des Juges infligent des peines déterminées sur l'autorité de loix écrites dans une langue différente de celle du pays; & qu'ils les fassent infliger sur l'autorité de loix qu'on voit impunément enfreindre tous les jours.

(†) Chap. II. Après avoir traité de la différence des actions humaines, & de leur imputation, l'Auteur passe au second Chapitre, dans lequel il nous donne des notions ou des idées nettes de ce que l'on nomme *Obligation, Droit, Loi, Principe du Droit Naturel.*

§. XXXV. (x) Nous avons vu ci-dessus que les actions des hommes ont par elles-mêmes une moralité; qu'elles sont bonnes ou mauvaises suivant qu'elles tendent au but auquel elles sont destinées; & que par-là elles ont en soi une raison, qui doit nous y porter ou nous en éloigner; qui doit nous engager à les commettre ou à les omettre: or dès que l'homme apperçoit cette moralité, il s'en fait à lui-même une représentation, c'est-à-dire, qu'il se représente le bien ou le mal qui réside dans cette action; & c'est cette représentation que l'Auteur nomme *motif:* or l'obligation, ou le devoir, pris activement, est proprement la liaison du motif à l'action soit positive soit privative: c'est-à-dire, la représentation du bien & du mal rapportée à l'action, dans laquelle on se représente le bien & le mal, forme un lien, une connexion, que l'on nomme *devoir* ou *obligation* dans celui qui se fait une telle représentation, & qui est en état de commettre ou d'omettre l'action représentée. Si l'on saisit bien le sens de ce paragraphe on entendra aisément le suivant, dans lequel l'Auteur démontre, comment l'homme, par sa nature, est sujet à des devoirs, & par quels motifs il est engagé à les remplir.

§ XXXVI. (y) Ce paragraphe prouve l'erreur de ceux qui ont prétendu qu'il n'y a point de devoirs dans l'état de Nature; qu'il n'y a point d'obligations naturelles: mais nous devons faire ici une observation. L'Auteur prouve que de l'essence & de la nature de l'homme naissent des devoirs à remplir; & que l'homme par sa nature-même est obligé de faire certaines actions & d'en omettre d'autres; s'ensuit-il que cette nature doit servir de source, où il faille puiser ce que l'homme doit faire & ne point faire? Le raisonnement ne paroît pas juste: l'homme est obligé par sa nature à faire tout ce qui peut contribuer à le rendre parfait; donc, tout ce à quoi l'homme est obligé, doit être puisé dans sa nature. Notre Auteur semble pourtant avoir fondé toute sa doctrine en conséquence de cet argument: il a considé-

ré...

fible, & nécessaire, obligation passive.

même temps, il est nécessaire que l'homme détermine ainsi ses actions & non autrement, s'il veut mener une vie d'homme, c'est-à-dire, conforme à sa nature. C'est pourquoi on appelle *moralement impossible* ce qui implique contradiction avec la nature de l'homme, en qualité d'agent raisonnable; & on appelle *moralement possible* ce qui n'implique point de pareille contradiction, ou qui convient à la nature de l'homme, c'est-à-dire, qui trouve en elle sa raison suffisante. Et l'on appelle *moralement nécessaire* ce dont l'opposé est moralement impossible. Or cette nécessité morale d'agir est l'*obligation*, que nous appellons *passive* par opposition à l'obligation active (§. XXXV.). Au reste à l'ordinaire on l'appelle simplement obligation, négligeant l'obligation active. *Il est évident que personne ne peut être obligé à ce qui est impossible en soi, ou par rapport à lui.* (z)

Ce que c'est qu'obligation naturelle.

§. XXXVIII. Cette obligation soit active, soit passive, qui vient de la nature elle-même s'appelle naturelle, l'*obligation naturelle* est donc celle qui a sa raison suffisante dans l'essence-même & la nature de l'homme, & des choses; & comme cette nature & cette essence sont immuables & nécessaires, il s'ensuit que l'*obligation naturelle est immuable* aussi; puisqu'*en posant que la nature & l'essence de l'homme & des choses sont telles, on pose aussi cette obligation.* (a)

Loi naturelle & positive, divine, humaine.

§. XXXIX. On appelle *loi* une regle, suivant laquelle nous sommes obligés de déterminer nos actions. On appelle loi *naturelle* celle qui a sa raison suffisante dans l'essence-même de l'homme & des choses; & *positive* celle dont l'obligation dépend de la volonté de quelque être raisonnable; & en particulier, on l'appelle *divine*, si elle dépend de la volonté de Dieu; *humaine*, si elle dépend d'une volonté

ré l'homme, abstraction faite de tous les rapports, dans lesquels il se trouve dès le moment de son existence, rapports qui donnent lieu à des devoirs & à des droits, souvent différents & incompatibles avec ceux qui découlent de sa nature, comme nous le verrons, quand nous viendrons à l'application des principes, que notre Auteur établit ici. Au reste ce que je viens de remarquer n'ôte rien au mérite du système que notre Auteur suit dans ces *Institutions*. Son plan est de donner un précis du Droit de la Nature & des Gens, puisé dans la nature & l'essence de l'homme: c'est d'après ce plan, qu'il a rempli avec une exactitude merveilleuse, qu'il faut le juger; & c'est pour prévenir ceux qui ne sont pas à même de lire ses autres Ouvrages, dans lesquels cette matiere est traitée plus amplement, que j'ai cru devoir faire cette observation.

§. XXXVII. (z) Nous avons vu comment la représentation du bien & du mal rapportée à une action, forme un lien que l'on nomme devoir ou obligation; or entant que cette représentation excite l'homme à commettre ou à omettre l'action à laquelle elle se rapporte, elle produit en lui une nécessité d'agir ou de ne point agir; on nomme cette nécessité une nécessité morale, & on la nomme aussi obligation passive, par opposition à l'active dont nous avons parlé dans la note au §. XXXV.

Or comme la représentation du bien & du mal fait le fondement des obligations & des devoirs, il est sensible que les obligations & les devoirs sont uniquement attribués à l'homme, entant qu'il est un être doué de la faculté de se représenter le bien ou le mal, c'est-à-dire, entant qu'il est un être moral; & que les facultés physiques n'entrent dans la détermination des devoirs & des obligations, qu'autant qu'elles donnent à l'homme la possibilité de les exécuter.

§. XXXVIII. (a) Ce paragraphe est une conséquence de ce que l'Auteur a établi dans les précédents; & fait voir plus particuliérement que les devoirs naturels tirent leur source de la nature & de l'essence de l'homme & des choses. On en peut déduire que c'est à tort, que l'on fait intervenir la volonté divine comme source des devoirs naturels. Car quoiqu'il soit vrai que Dieu, comme premier Etre & Créateur des hommes, a voulu que ces devoirs eussent lieu, il n'en est pas moins vrai, que cette volonté est uniquement appuyée sur la nature & l'essence des choses, résultant de la volonté divine, en conséquence de laquelle le genre humain existe. De sorte que la volonté divine ayant eu son effet par la création, les devoirs & les droits qui résultent de la nature de l'homme sont immuables & invariables: comme l'Auteur le prouve aux §§. XL. & suivants. On peut consulter une excellente Dissertation de Mr. MARKELBACH *De Jure Naturæ, optimo veræ Religionis Christianæ præsidio:* imprimée & publiée depuis peu à *Groningue.*

lonté humaine. La loi naturelle s'appelle aussi communément le *droit naturel.* (b)

Immutabilité de la loi naturelle. §. XL. Puisque *la loi naturelle* a sa raison suffisante dans la nature-même de l'homme & des choses (§. XXXIX.), elle *contient une obligation naturelle* (§. XXXVIII.). Or celle-ci est immuable & nécessaire (ibid.); donc *la loi naturelle est immuable & nécessaire.*

L'Auteur de la loi naturelle. §. XLI. Et puisque l'essence & la nature de l'homme & des choses ont Dieu pour

§. XXXIX. (*b*) Cette définition de la *Loi* pourra paroître obscure, parce qu'ordinairement l'idée de *regle* n'est pas plus claire, & l'est souvent moins que celle de *Loi.* L'Auteur entend par *regle* une *proposition*, *qui énonce une détermination conforme à la raison. Ont.* §. 475. Mais qu'est-ce qu'une *détermination conforme à la raison*? Nous l'allons expliquer, en nous servant d'un exemple que l'Auteur employe lui-même dans son *Ontologie.*

On demande comment une Bibliotheque doit être arrangée? on répond qu'il faut placer les livres écrits sur un même sujet dans un même endroit: cette réponse énonce une proposition; savoir, *Dans une Bibliotheque les Livres écrits sur un même sujet doivent être placés dans le même endroit.* Cette proposition renferme une *détermination*, savoir la situation des livres rélativement à la Bibliotheque: or cette situation des livres dans une Bibliotheque nous en manifeste par elle-même la raison: on s'apperçoit d'abord que les livres ont été placés ainsi, afin que ceux d'un même sujet fussent dans un même endroit; & c'est ce caractere de la proposition que Mr. WOLFF nomme *conforme à la raison*, mots employés ici pour signifier *qui porte avec soi la raison du pourquoi.* La *regle* est donc une proposition, énonçant une détermination qui porte avec soi la raison, pourquoi cette détermination doit avoir lieu.

Si l'on applique maintenant ces idées à celle de Loi, & si l'on définit la Loi dans un sens moral par une regle, à laquelle nous sommes obligés de conformer nos actions, on trouvera que la *Loi* est une proposition énonçant une détermination, qui porte sa raison avec elle; & à laquelle nous devons conformer nos actions. C'est conformément à cette signification que notre Auteur nomme *Loi naturelle*, cette proposition qui énonce la détermination de nos actions morales, & dont la raison se trouve dans l'essence de l'homme & des choses; *positive*, toute proposition qui dépend de la volonté de quelque être raisonnable; qui énonce une détermination relative à nos actions, dont on doit rendre raison par la volonté de celui qui nous y assujettit. D'où l'on voit qu'il ne suffit pas que l'on dicte à l'homme de faire ou de ne point faire une action, pour qu'il soit sous l'empire d'une loi, & qu'il faut outre cela quelque chose qui l'oblige, qui serve de motif à l'obéïssance: nous y voyons encore dans quel sens les loix peuvent porter les épithetes de *déraisonnables*, d'*injustes*, de *tyranniques*: c'est lorsque la raison de la détermination mene à quelque injustice, à quelque iniquité, à un usage arbitraire de la volonté. Par exemple, s'il y avoit une Loi, qui portât qu'un certain ordre de Gens (d'ailleurs de peu d'utilité à l'Etat) seroit exempt de toutes charges: la raison de cette détermination ne pourroit se trouver que dans une fausse idée de l'utilité publique, dans une prédilection onéreuse aux autres ordres; ou bien dans quelqu'autre défaut, soit de l'entendement, soit de la volonté du Souverain qui auroit porté cette Loi.

Ce paragraphe nous fait voir aussi la vérité de ce que le Jurisconsulte MODESTINUS dit *l.* 7. *ff. de legib. Legis virtus hæc est, imperare, vetare, permittere, punire*, quoique le mot *punire* doive plutôt exprimer ici menacer d'une peine que de l'infliger; & montre assez évidemment que les définitions que PAPIEN nous expose *l.* 1. *eod. t.* & que MARCIEN nous rapporte de *Démosthenes* & de *Chrysippe*, *l.* 2. *eod. t.* sont très-défectueuses. Au reste, si l'on veut se convaincre qu'il n'est pas fort aisé de définir les objets, quoique très-simples en apparence, & dont tout le monde croit avoir des notions très-justes & très-exactes, on n'a qu'à lire les différentes définitions que les Savants ont données de la Loi, & les raisonnements dont ils ont tâché d'en prouver la justesse. Mr. NOODT dans ses Comment. ad *t. ff. de legib. Senatusc. & long. consf.* paroît avoir senti les défauts de celles, que nous en trouvons dans les Pandectes, sans avoir pu les rectifier: du moins finit-il par donner la préférence à une définition d'*Aristote*, qui, préférable en effet à celle des Jurisconsultes Romains, auroit bien mérité quelque chose de plus qu'une simple citation. Mr OTTO dans ses Observations sur *les Devoirs de l'homme & du citoyen* par PUFENDORF, remarque avec raison que les définitions des Jurisconsultes Romains ne se répondent pas & que celle de JUSTINIEN étoit prise de la maniere dont les Romains portoient leurs loix. Il préfere celle que GROTIUS nous en donne *L.* I. *C.* I. §. 9. du *Droit de la Guerre & de la Paix:* en rapporte de CICERON, de SENEQUE & d'autres anciens, & approuve celle que donne PUFENDORF au *Liv.* II. *Ch.* II. §. 2. de l'ouvage que je viens de citer. Mr. BARBEYRAC dans ses notes au même endroit la condamne, & y en substitue une autre, que d'autres Auteurs ont trou-

pour Auteur; & que cette nature & cette eſſence étant poſées, la loi naturelle l'eſt auſſi (§. XL.), de même que ſon obligation; il s'enſuit que *l'Auteur de la loi Naturelle eſt Dieu lui-même, & qu'il oblige l'homme à y conformer ſes actions*, ainſi *l'obligation naturelle eſt* auſſi *divine*, & *la loi naturelle eſt une loi divine.* (§ XXXIX.) (*c*)

§. XLII. Pareillement, puiſque la loi naturelle a ſa raiſon ſuffiſante dans l'eſſen- *Univerſalité de la loi naturelle.*

trouvé vicieuſe. Mr. de MONTESQUIEU, Génie ſublime, mais qui vraiſemblablement n'avoit pas fait un cours de mathématiques, nous a défini les Loix, par les *Rapports* qui dérivent de la nature des choſes: ſi on lui eût demandé ce qu'il entendoit par *rapport;* je doute qu'il eût pu donner une réponſe ſatisfaiſante. En général les hommes ſont aſſez portés à ſe contenter de notions confuſes: il ſemble qu'il faille un effort pour ſe porter à les analyſer: on aime à ſe flatter de connoître les objets ſur les idées qu'on en a; on ſe perſuade même d'en avoir des idées claires, diſtinctes & juſtes; mais ſitôt qu'on eſſaie de les définir, un voile épais ſemble les dérober à notre eſprit, & l'on s'apperçoit tout de ſuite qu'on n'en avoit qu'une idée très-imparfaite. Les différentes façons d'enviſager les objets, nous portent à les indiquer par différents caracteres, & de là la différence des définitions, qui ſont plus ou moins juſtes, ſuivant que l'on a ſaiſi les caracteres eſſentiels de l'objet défini. Tel veut que la Loi ſoit l'expreſſion d'une volonté ſupérieure, & veut ſur ce fondement que la définition exprime ce caractere: d'autres croient (& de ce nombre eſt notre Auteur) qu'il ſuffit d'un motif qui détermine notre volonté, pour qu'il y ait matiere à une Loi; & ſur ce fondement ils ſoutiennent qu'on rend la définition particuliere, en y faiſant mention d'un Supérieur, là où elle doit être générale. Voyons ſi nous ne pouvons pas les concilier.

Il importe aux Sciences que les définitions ſoient exactes, qu'on le ſache, & qu'on ne ſoit pas expoſé à ſe méprendre ſur leur ſignification: ſi l'on étend l'idée de Loi à celle de devoir ſe conformer à une regle, quelqu'en ſoit le motif qui nous y porte, il eſt ſûr qu'il n'eſt pas néceſſaire & qu'il ſeroit même défectueux, de faire mention du Souverain dans la Loi: car dans ce ſens-là la définition exprimera également les cas où le motif réſultera de la volonté d'un Souverain, & ceux où il réſultera de toute autre ſituation: mais ſi l'on reſtreint l'idée de Loi à celle de devoir ſe conformer à une regle ſtatuée ou preſcrite par un Supérieur, dont la volonté doit ſervir de motif à nous y porter, il eſt ſûr que la définition ſera défectueuſe, ſi l'on omet d'y faire mention d'un Supérieur: toute la queſtion reviendroit donc à ſavoir, ſi le motif, pris de la volonté d'un Supérieur eſt le ſeul, qu'il faille admettre dans la ſignification du mot *Loi,* ou bien ſi l'on doit y admettre toute autre ſorte de motifs. Pluſieurs Auteurs ſont pour le premier de ces deux ſentiments: notre Auteur adopte le dernier, & il ſuffit de le remarquer pour bien ſaiſir les conſéquences qui en réſultent, & pour les diſtinguer de celles qui découlent du ſentiment contraire. Ajoutons que la loi, priſe dans la ſignification étendue, que lui donne notre Auteur, répond à l'idée générale que ce mot, pris relativement à toutes ſortes d'opérations de la nature, fait naître. Les loix phyſiques ſont les regles que les corps ſuivent dans leurs actions ou dans leurs mouvements. Les cauſes, qui les font agir, ne ſont pas des cauſes morales, mais des cauſes phyſiques, réſultant de leur conſtitution, de leur organiſation: deſorte que les loix de la nature, fondées ſur l'eſſence & la nature des êtres, ne ſeront différentes dans le regne phyſique & dans le regne moral, qu'autant que les êtres phyſiques ſeront déterminés par des cauſes phyſiques à ſe conformer aux regles qu'ils obſervent, & que les êtres moraux le feront par des cauſes morales, c'eſt-à-dire, par des motifs. Les expreſſions de *dicter la Loi, faire la Loi à quelqu'un*, & mille autres, dont on ſe ſert journellement, prouvent d'ailleurs que la définition de notre Auteur répond au ſens, que l'uſage ſemble avoir fixé & établi.

§. XLI. (*c*) Les vérités, prouvées dans ce Paragraphe & dans le précédent, nous donnent la raiſon de pluſieurs belles expreſſions, que nous trouvons dans le Code Romain, & qui méritent toute notre attention. C'eſt parce que Dieu eſt Auteur de l'eſſence & de la nature des hommes, & conſéquemment des devoirs & des droits qui en découlent, & parce que cette nature & cette eſſence ſont immuables, que JUSTINIEN dit §. 11. T. 11. L. I. Inſt. *Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræque obſervantur, divina quadam providentia conſtituta, ſemper firma atque immutabilia permanent.* Ces mêmes vérités ont fait dire au Juriſconſulte POMPONIUS: *jura ſanguinis nullo jure civili dirimi poſſunt l. 58. de reg. Jur.* Elles rendent encore raiſon de cette regle du Droit: *quæ contra rationem juris introducta ſunt nullo jure confirmantur.* Avec tout cela pourtant nous voyons que les Romains n'ont pas pénétré juſques à la ſource, lorſqu'ils nous ont parlé de l'immutabilité des droits naturels: ils ne les ont pas déduits de la nature & de l'eſſence de l'homme; mais ils ont fait un raiſonnement, que GROTIUS a imité dans ſon Diſcours

ſence & la nature-même de l'homme & des choſes (§. XXXIX.); & que cette nature étant poſée, l'obligation, qu'elle contient (§. XL.), l'eſt auſſi (§. XXXVIII.); *la loi naturelle oblige tous les hommes, & aucun ne peut être exempté d'une obligation naturelle.*

Principe général du droit naturel. §. XLIII. Préciſément par la même raiſon *la loi naturelle nous oblige à faire les actions qui tendent à la perfection de l'homme & de ſon état, & à omettre celles qui tendent à l'imperfection de l'un & de l'autre*; & par conſéquent *à déterminer nos actions libres par les mêmes raiſons finales que les naturelles, & non par des raiſons différentes* (§. XXXVI. XXXIX.), & de même encore *à écarter tout danger de nous & de notre état.* Ce *principe du droit naturel* eſt général & univerſel; on en tire par une chaîne continue de raiſonnements tout ce qui eſt de droit naturel, comme cela paroîtra pleinement par la ſuite. Et puiſque Dieu oblige les hommes à conformer leurs actions à la loi naturelle (§. XLI.), ceux qui veulent déduire le droit naturel de la volonté divine, ſont obligés d'admettre ce principe. (*d*)

Que les hommes ſont obligés les uns envers les autres, & comment. §. XLIV. Il eſt aſſez connu que telle eſt l'indigence de l'homme, que perſonne ne peut ſeul ſe perfectionner ſoi-même & perfectionner ſon état, mais que chacun a beſoin du ſecours des autres. C'eſt pourquoi, puiſque la loi naturelle oblige l'homme à ſe perfectionner ſoi-même & à perfectionner ſon état, & à détourner ſon imperfection, *la loi naturelle oblige les hommes à joindre leurs forces pour ſe perfectionner eux-mêmes, & perfectionner leur état, & chacun eſt obligé de contribuer à la perfection d'un autre, autant qu'il le peut*; par conſéquent, *autant que cela ſe peut faire ſans manquer à ſon obligation envers ſoi-même* (§. XLII.), & *dans les choſes où l'un a beſoin du ſecours de l'autre*, (parce qu'il n'eſt permis à perſonne de manquer à ſon obligation envers ſoi-même (ibid.)) & *chacun doit omettre les actions par lesquelles un autre, ou l'état d'un autre ſeroit rendu plus imparfait.* (*) (*e*)

De ce qui eſt néceſſaire pour ſatisfaire à une obligation. §. XLV. Puiſque chacun eſt tenu de ſatisfaire à ſon obligation (§. XLII.), *il eſt libre* auſſi *à chacun de faire les choſes ſans leſquelles il ne peut ſatisfaire à une obligation naturelle*, & c'eſt par la néceſſité de ces choſes pour ſatiſfaire à une obligation, qu'il faut eſtimer l'étendue de cette liberté.

§. XLVI.

cours préliminaire au *Droit de la Guerre & de la Paix*, §. 41. & qui revient à ceci. Ce qui eſt obſervé chez toutes les nations, doit avoir une raiſon générale, inſpirée par la providence; & ce qui eſt inſpiré par la providence eſt immuable: donc les droits naturels, que nous voyons reſpectés chez toutes les nations, ſont immuables. Au reſte c'eſt parce que ces droits ſont immuables qu'ils ne peuvent être ni altérés, ni changés ni anéantis par une volonté humaine. L'ordre d'un Souverain ne peut pas changer la nature d'un vol ni celle d'un contract de vente. Toutes les diſpenſations des Loix civiles n'empêcheront point que celui qui commet un meurtre ne commette un crime.

§. XLIII. (*d*) Voilà comme l'Auteur, après avoir démontré en quoi conſiſte la perfection de l'homme, nous conduit au principe général du Droit de la Nature. On verra dans la ſuite comment tous les autres principes ſont ſubordonés à celui-ci.

(*) Cet article renferme le principe de la ſocialité regardé à tort par Mr. PUFFENDORF comme un fondement ſuffiſant du droit naturel, & qui n'eſt ici qu'une conſéquence du principe de la perfection, établi dans le §. XLIII. R. d. T.

§. XLIV. (*e*) Ce que l'Auteur enſeigne dans ce paragraphe nous montre, comment le principe de la Socialité réſulte de celui de la Perfection; & ſa démonſtration ſurpaſſe de beaucoup en ſimplicité, en force, & en évidence celles qu'en ont donné GROTIUS, PUFFENDORF, & ceux qui ont marché ſur les traces de ces deux Auteurs. Cependant je ne diſſimulerai point, que j'aimerois mieux déduire l'obligation de travailler à notre perfection & à celle du prochain, du principe de l'harmonie, qui doit faire la perfection de l'Univers; car ſuivant la doctrine de l'Auteur, il

§. XLVI. Cette faculté ou puissance morale d'agir s'appelle *droit*. D'où il paroît que *le droit tire son origine de l'obligation passive; qu'il n'y auroit point de droit, s'il n'y avoit point d'obligation;* & que, *par la loi naturelle, nous avons droit aux choses sans lesquelles nous ne pouvons satisfaire à une obligation naturelle* (§. XLV.). Ainsi nous avons droit à l'usage de la nourriture, parce que nous sommes obligés à conserver notre corps; & ce droit consiste dans la faculté de disposer de la nourriture d'une façon conforme à cette obligation; *si donc la loi de la nature nous oblige à la fin, elle nous donne* aussi *droit aux moyens;* par conséquent, *s'il n'y a qu'un seul moyen, nous avons droit de nous en servir*, car sans les moyens nous ne pouvons obtenir la fin. (*f*) *Le droit, ce que c'est, & son origine.*

§. XLVII. J'appelle *loi naturelle préceptive*, celle qui nous oblige à une action; *prohibitive*, celle qui nous oblige à omettre une action; *permissive*, celle qui donne droit à agir. La même division convient aux loix positives. *Loi préceptive, prohibitive, permissive.*

§. XLVIII. Puisque telle est la nature de l'homme, qu'il préfére ce qu'il connoit être meilleur; puisqu'encore, la nature & l'essence de l'homme étant posées, l'obligation naturelle l'est aussi (§. XXXVIII.), & que la loi naturelle renferme une obligation naturelle (§. XL.); il s'ensuit que *la loi naturelle nous oblige à préférer* ce qui est meilleur, & on l'appelle *loi perfective*, entant qu'elle nous impose cette obligation. *Loi naturelle perfective.*

§. XLIX. Ce que nous sommes obligés de faire s'appelle *dû*; ce que nous sommes obligés de ne pas faire ou d'omettre, s'appelle *illicite;* ce que nous avons seulement droit de faire s'appelle *permis: naturellement* donc *une chose est due, à cause d'une loi naturelle, préceptive; illicite à cause d'une loi prohibitive, & permise à cause d'une loi permissive* (§. XLVII.). On appelle *chose honnête* en général ce qui se fait d'une façon convenable à la loi naturelle, en sorte qu'on appelle *honnête homme* celui qui conforme toutes ses actions à la regle de la loi naturelle, entant qu'il ne veut faire que ce qu'il peut faire de droit, & sans manquer à son obligation; d'où l'on voit ce que c'est que vivre *selon l'honnêteté*. *Dû, permis, illicite, honnête.*

§. L. On ne pourroit point se servir de son droit, si les autres avoient droit d'en *Qu'il ne faut pas empêcher l'usage d'un droit.*

il sembleroit qu'on ne doit travailler à sa propre perfection & à celle du prochain, qu'autant que la nôtre l'exige & en est une conséquence; ce qui donne une théorie très-chancelante & limitée par rapport à nos devoirs envers les autres & même envers nous-mêmes: là où elle devient très-étendue, lorsque l'on considere que l'homme doit travailler à sa propre perfection & à celle du prochain, parce qu'il fait partie d'un tout, à la perfection duquel, il doit contribuer autant qu'est en lui. Ce Principe satisferoit même mieux à l'idée de la Société Universelle, que l'Auteur adopte pour le genre humain: & il est aisé de concevoir que l'Etre suprême ayant créé les hommes, comme parties de l'Univers, il leur a donné l'existence comme devant contribuer à la perfection de ce tout immense. C'est là l'idée des anciens Philosophes; & c'est aussi celle qui nous est recommandée par les Auteurs sacrés.

§. XLVI. (*f*) Il n'y a gueres de mot, dont la signification soit plus variée, que celui de *droit*. On dit le *droit Naturel*, le *droit Romain*, le *droit Public*, le *droit des Gens*, le *droit Privé*, *user de son droit*, *étudier le droit*, *avoir droit* à un héritage, *agir suivant le droit;* & dans toutes ces expressions, comme dans bien d'autres, le mot *droit* a une signification différente. On peut consulter ce qu'en dit GROTIUS Dr. d. l. G. & de l. P. L. I. Ch. I. §. 4. & suiv. & PUFENDORF L. I. Ch. I. §. 19 & 20. *du droit de la Nature & des Gens.* Notre Auteur commence par donner ici une signification du mot *droit*, lorsqu'on le prend pour désigner l'attribut d'un Etre moral. Dans ce raport la faculté morale ou le pouvoir moral qu'on a d'agir, c'est-à-dire d'omettre ou de commettre un fait se nomme *droit*. Cette definition, puisée dans une source pure de vérités développées, nous montre qu'il ne peut y avoir de droit, qu'en conséquence de la faculté morale; c'est-à-dire, que pour fixer le droit que quelqu'un peut avoir, il faut faire abstraction de son corporel, & ne le considérer absolument qu'autant qu'il est moral, c'est-à dire, autant qu'il peut vouloir & ne point vouloir.

d'en empêcher l'usage, & la loi naturelle seroit contraire à elle-même, si elle donnoit à l'un le droit d'agir, & à l'autre celui d'empêcher à son gré l'usage de ce droit ; ce qui étant absurde, il s'ensuit que *la loi naturelle, en nous donnant un droit, oblige en même temps les autres à ne pas en empêcher l'usage, & delà nous acquérons le droit de ne pas souffrir qu'on l'empêche*, & par conséquent *de résister à ceux qui voudroient le faire*. Il paroît delà qu'il n'est pas contraire à la définition de la loi en général, de donner ce nom à la loi permissive (§. XXXIX. XLVII.).

Loi prohibitive contenue dans la loi préceptive.

§. LI. Puisque l'obligation consiste dans la nécessité morale d'agir (§. XXXVII.) & qu'une obligation naturelle est absolument immuable (§. XXXVIII.), si la loi naturelle nous oblige à faire une chose, elle nous oblige en même tems à ne pas faire le contraire ; donc *une loi préceptive renferme la loi prohibitive du contraire.*

Obligation à agir droitement ; ce que c'est que droit.

§. LII. *La loi naturelle nous oblige* à nous perfectionner (§. XLIII.); par conséquent *à parvenir à accorder dans nos actions l'usage de toutes nos facultés* (§. IV.); c'est pourquoi, puisque la rectitude ou la droiture des actions consiste dans l'accord de cet usage (§. XVI.), la loi naturelle nous oblige *à agir droitement.* L'on nomme *droit*, ce en quoi il n'y a rien à redire de la part d'aucune faculté. (*)

Ce qui est requis pour la rectitude d'une action.

§. LIII. Puisque dans une action droite il doit n'y avoir rien à redire de la part d'aucune faculté (§. LII.) ; *pour qu'une action soit droite*, ou pour sa rectitude, *il faut* 1. *du côté de l'entendement que nous ayions une notion suffisamment déterminée de l'action, & que nous portions un jugement vrai de sa bonté ou de sa malice, ou du droit qui nous appartient à son égard*; 2. *du côté de la volonté, il faut que nous soyons déterminés, soit à la vouloir, par sa bonté intrinséque, ou par le droit qui nous appartient; soit à ne la vouloir pas, par sa malice intrinseque, ou par le manque de droit:* 3. *enfin du côté de la faculté physique, il faut que le mouvement des organes du corps s'accorde avec les actions internes* (§ XVI. XIV. XLIII. XLVI.). Ces idées sont plus étendues qu'il ne le semble à la prémiere vue, puisque la rectitude s'étend à toutes les espéces d'actions humaines, quelles qu'elles soient.

Bienséant malséant, décence, indécense.

§. LIV. On dit qu'une chose est *bienséante* à quelqu'un, quand il y a, soit dans les

(*) Il ne faut pas confondre le sens dans lequel le mot de *droit* est pris ici, avec celui du §. XLVI. Les latins ont deux mots différents, ce qui est plus commode, *jus* employé ci-dessus, & *rectum* que nous sommes obligés ici de rendre par *droit*, n'y ayant que son substantif *rectitude*, qui puisse se dire en françois. Sur ces différentes dénominations voyez les *Principes du droit naturel par Mr.* BURLAMAQUI. I. P. ch. I. §. II, & ch. V. §. X. R. d. T.

§. LIV. (*g*) C'est pour cela qu'on trouve ridicule qu'un homme d'un certain âge s'amuse aux mêmes jeux qu'un jeune homme. La pétulance de la jeunesse fait qu'on lui pardonne les cris, jettés dans des parties de plaisir & les autres marques immodérées de la joie & de la jouïssance: la modération, qui doit être la suite naturelle de l'âge plus mûr fait condamner dans un vieillard ces mêmes démonstrations d'allégresse. On ne supporte pas dans un jeune homme, quelque talent & quelque savoir qu'il puisse avoir, un ton d'autorité, qu'on croit ne convenir qu'à des personnes, qui ajoutent aux talents & au savoir le mérite de l'expérience. La Vie sociale offre à chaque moment des exemples de ce que l'on nomme décent & indécent. Ceux qui n'y font pas assez d'attention, ou qui croient pouvoir mépriser le jugement de ceux, avec lesquels ils vivent en société, sont taxés d'être ridicules & ils le sont en effet.

§. LVI. (*b*) Les Jurisconsultes Romains n'ont donné dans aucun endroit une définition de ce qu'il faut entendre en général par *Droit*. Si ç'a été parce qu'ils ont cru tous avec JAVOLENUS, que toute définition est dangereuse dans le droit, ou bien parce qu'ils n'en connoissoient pas la nécessité, ou enfin parce que leur façon de considérer les choses les en éloignoit, c'est ce que nous ne prendrons pas la peine de rechercher. Voici ce qui est certain: c'est qu'ils n'ont pas poussé jusques-là le développement de leurs idées, & que cela fait un très-grand défaut dans la collection qu'ils

les choses qui sont en lui, ou qui sont conçues y être, soit dans son état, quelque raison suffisante pour qu'il doive agir ainsi plutôt qu'autrement : & l'on dit qu'une chose lui est *malséante*, lorqu'elle ne convient pas, ou qu'elle répugne, soit à quelqu'une des choses qui sont en lui, ou qui sont conçues y etre, soit à son état. Les mots de *décence*, & *d'indécence* expriment les mémes idées. (*g*)

§. LV. Puisque *la loi naturelle* exige la perfection de l'homme (§. XLIII.), & que par conséquent elle ne souffre aucune contrariété entre les actions externes (§. IX. X.); elle *oblige* aussi, *à faire les actions bienseantes, & à omettre celles qui sont malséantes. Il y a* donc *une loi naturelle de bienséance.* Mais il ne faut pas confondre cette bienséance naturelle que la loi de la nature exige, avec une bienséance *arbitraire*, ou qui n'est telle que dans l'opinion des hommes. On voit assez par ce que nous avons dit jusqu'ici quelle est l'étendue du droit naturel. *Loi naturelle de bienséance.*

§. LVI. Le droit naturel a sa raison suffisante dans la nature & dans l'essence de l'homme (§. XXXIX.). Entant que cette raison suffisante se trouve la même dans la nature & l'essence communes des hommes & des brutes, il s'appelle *Droit naturel commun des hommes & des brutes*; c'est ce que les Jurisconsultes Romains appellent dans un sens resserré *Droit naturel*; entant qu'il a sa raison suffisante dans la nature & l'essence propre des hommes, il s'appelle *Droit propre des hommes*, ce que les Jurisconsultes Romains appellent *Droit des Gens :* enfin entant qu'il a sa raison suffisante dans les choses particulieres à quelques hommes, ou à un seul, il s'appelle *Droit propre de quelques hommes*, ou *d'un seul homme.* D'où l'on voit quelles *obligations* sont *communes à tous les hommes*, & quelles sont *propres à quelques-uns*, ou *à un seul.* La même chose doit s'entendre des droits qui découlent de ces obligations (§. XLVI). Par conséquent, *quelques hommes sont obligés à plus de choses que d'autres*, comme nous le verrons plus distinctement en son lieu. (*h*) *Des diverses espéces de droit naturel, suivant ses sujets.*

§. LVII.

qu'ils ont publiée sous le nom de Pandectes & de Code. Sans définir le Droit en général, ils l'ont considéré dabord sous deux chefs ou deux parties. Le *Droit public*, par lequel ils entendoient le Droit appartenant au corps de la République, & le *Droit privé*, par lequel ils entendoient celui qui appartenoit à tout individu du corps. Or c'est ce dernier droit, le droit des particuliers qu'ils ont considéré sous trois chefs différents: savoir entant que ce droit résulte de ce que l'homme par sa nature a de commun avec les animaux; entant que les dispositions des Nations civilisées pouvoient indiquer ce droit; & entant que ce droit étoit fixé par les loix civiles de la République. *Inst. L.* I. *T.* 2. *de Jur. Nat.* §. 4. Delà on voit : I. que, quoique plusieurs d'entre les Jurisconsultes Romains paroissent avoir reconnu qu'il y a des devoirs & des droits, qui n'ont d'autre source que l'essence de la nature humaine, & qui en résultent nécessairement, ils n'ont cependant pas assez approfondi cette vérité, pour en déduire un principe du droit naturel : &, convaincus néanmoins que l'homme a des devoirs à remplir, & qu'il a des droits à faire valoir, outre ceux que les Loix civiles établissent, ils ont cru que ce que l'homme a de commun avec les brutes, & ce qui se trouve généralement adopté chez les Nations policées, leur indiqueroient suffisamment les devoirs & les droits, auxquels la nature & l'essence de l'homme donnent lieu. Raison pourquoi ils ont admis comme principes, ou fondements du Droit Naturel, ce que l'homme a de commun avec les Brutes; & ce qu'on voit en usage chez les Nations. 2. Que, lorsque les Jurisconsultes Romains, ou si l'on veut JUSTINIEN, appelle *Droit Naturel*, ce droit que la nature indique ou enseigne à tout animal, ils n'ont pas prétendu donner par-là une définition du Droit Naturel; mais ils ont seulement voulu indiquer une des sources, dans lesquelles ils croyoient pouvoir puiser les préceptes du Droit Naturel : comme ils n'ont pas prétendu aussi donner une définition du Droit des Gens, le désignant par ce que la raison naturelle fait admettre ou établir chez tous les peuples. 3. Que, quoique cette façon d'établir & de fixer le droit & les devoirs soit très-imparfaite, elle n'étoit pas destituée de tout fondement, puis-

Définition, & division du devoir.

§. LVII. Une action déterminée selon la Loi, entant que nous sommes obligés à la déterminer ainsi, s'appelle *devoir*, & on appelle en particulier *devoir envers soi-même*, ce que l'homme se doit à lui-même; *devoir envers les autres*, ce qu'il doit aux autres; enfin *devoir envers Dieu*, ce que nous devons à Dieu. Il paroît par ce que nous venons de dire (§. LVI.) qu'*il y a des devoirs communs à tous les hommes*, & d'autres *propres à quelques-uns*, ou même *à un seul.*

Péché, transgression, & observation de la loi.

§. LVIII. Une action contraire à la loi naturelle s'appelle un *péché*, c'est un *péché de commission*, si elle consiste dans un acte positif, & un *péché d'omission*, si elle consiste dans un acte négatif, c'est-à-dire, si nous ne faisons pas ce que nous sommes obligés de faire. Et comme on dit que quelqu'un *observe la loi*, quand il fait ce qu'elle oblige de faire, & au contraire; ainsi l'on dit que celui qui fait l'opposé ou qui peche *transgresse la loi*, à laquelle est opposée l'*observation de la loi* ou le soin de la garder.

Quand on peut se refuser aux devoirs envers les autres.

§. LIX. Nous ne sommes obligés aux *devoirs envers quelques autres*, qu'autant qu'ils sont en notre pouvoir, & que cet autre ne peut s'y suffire à lui-même (§§. XLIV. LVII.). C'est pourquoi *s'ils ne sont pas en notre pouvoir, ou qu'un autre puisse s'y suffire à lui même, nous pouvons les refuser, par le droit que nous en avons* (§. XLVI.). Par-là on peut juger, si on les refuse sans en avoir le droit, & par conséquent si l'on peche en les refusant (§. LVIII.). (*i*)

Ce qui est en notre pouvoir, ce qui n'y est pas.

§. LX. Il est donc nécessaire de bien examiner ce qui est en notre pouvoir, & ce qui n'y est pas. Les *choses qui sont en notre pouvoir* sont celles dont nous pouvons venir à bout, ou que nous pouvons éviter par l'usage de nos facultés, de nos forces, & des choses qui sont à nous, & par le moyen & le secours des autres. Et les *choses qui ne sont pas en notre pouvoir*, sont celles que nous ne pouvons éviter ni par l'usage de nos facultés, de nos forces, ou des choses qui sont à nous, ni par le secours des autres. Au reste *lorsque vous êtes vous-même la cause qu'une chose n'est pas en votre pouvoir, vous devez vous imputer à vous-même qu'elle n'y soit pas* (§. III.). Cette considération a son usage, non-seulement dans l'accomplissement de nos devoirs envers les autres, mais aussi dans d'autres espéces d'action. Ainsi *aucune obligation ne s'étend au-delà de ce qui est en notre pouvoir.* (§. XXXVII.).

Devoirs d'humanité, leur refus.

§. LXI. *Les* devoirs envers les autres, auxquels on est naturellement obligé d'homme à homme, s'appellent ordinairement *devoirs d'humanité. Vous les refusez* donc *de droit, s'ils ne sont pas en votre pouvoir, ou a celui qui peut s'y suffire à lui-même* (§ LIX.), c'est-à-dire, *s'il nous manque le pouvoir physique ou moral de les rem-*

que, ce que la nature enseigne à tout animal doit avoir une raison générale, fondée dans la nature & l'essence-même de tous les Animaux; & que ce qui est admis chez toutes les Nations, doit aussi avoir une raison générale, fondée dans la nature & l'essence des hommes, qui les ait portés à observer & à pratiquer ce que les Jurisconsultes nommoient préceptes du Droit des Gens. 4. Que cette façon d'établir les droits & les devoirs des hommes est sujette à bien des inconvénients; entant que l'on ne voit pas assez distinctement ce que la nature enseigne à tous les animaux; & que l'instinct étant proprement ce que l'homme a de commun avec les animaux, c'est ramener l'homme à l'état des Brutes que de lui indiquer ses devoirs & ses droits par ce qu'il a de commun avec les animaux: outre que c'est agir directement contre le principe essentiel & fondamental des devoirs & des droits, qui supposent une faculté morale, dont on n'a jamais prétendu que les animaux fussent doués, ou qu'on ne peut raisonnablement leur supposer. Il en est à peu-près de même de la seconde source, savoir du Droit des Gens: car, outre que les dispositions sont sur bien des choses très-différentes chez les différentes Nations, comme on le voit, sur-tout, dans les Républiques Grecques, cette source nous indique tout au plus l'opinion générale des hommes, qui peut aussi-bien résulter de quel-

remplir (§. LX.), (ou ce qui est la même chose, *si ce qu'il y a à faire est physiquement ou moralement impossible;*) *& si du côté de celui pour qui il y a quelque chose à faire, il n'y a pas une indigence invincible* (§. XVII.). (*k*)

§. LXII. Il y a une *obligation primitive*, qui a sa raison prochaine dans l'essence & dans la nature de l'homme, & une *obligation dérivée*, qui a sa raison prochaine dans une autre obligation, ou dans d'autres obligations, & d'autres droits pris ensemble. Cela doit s'entendre aussi des *devoirs* (§. LVII.); & puisque les droits naissent des obligations (§. XLVI.), & qu'en posant celles-ci, on pose en même temps ceux-là, la même distinction a lieu par rapport aux *droits*. Il y a en effet un lien constant entre les obligations & les droits, en sorte que les unes peuvent se déduire des autres par une chaîne de raisonnements, & qu'il s'en forme un assortiment de vérités liées entre elles, qu'on appelle *systême*, & que nous appellons un *systême vraiment ainsi nommé*, parce que ce nom auguste est trop souvent profané, comme cela arrive à bien d'autres. *Obligation primitive & dérivée.*

§. LXIII. Il arrive quelquefois des cas, où l'on ne peut satisfaire en même temps à plusieurs loix naturelles, auxquelles il faudroit satisfaire à la fois; on dit alors que *les loix* se heurtent ou *sont en conflict entr'elles*. L'une devant donc être préférée à l'autre, on fait un choix ou une *exception;* celle à laquelle il faut satisfaire, *l'emporte*, l'autre à laquelle on ne peut satisfaire, *cede*. *Conflict des loix. Exception.*

§. LXIV. Il paroît ainsi que *dans le conflict des loix préceptives touchant nos devoirs envers nous-mêmes, & envers les autres, ou dans les cas où nos devoirs envers nous-mêmes, & envers les autres sont en opposition, le devoir envers nous-mêmes doit l'emporter;* puisque la loi, qui prescrit les devoirs envers les autres, contient actuellement son exception (§. XLIV. LIV.). De plus, puisqu'une loi préceptive nous oblige à agir, une loi prohibitive, à ne pas agir (§. XLVII.), & qu'une loi permissive nous donne seulement droit d'agir (ibid.), que par conséquent elle ne rend une action que licite (§. XLIX.); il s'ensuit que *dans le conflict d'une loi préceptive ou prohibitive, avec une loi permissive, la loi préceptive ou prohibitive doit l'emporter* (§. XXXVII.). Puis encore qu'une loi prohibitive rend moralement impossible ce qu'une loi préceptive exige (§. XXXVII. XLVII.) *la loi prohibitive l'emporte sur la loi préceptive* (§ XXXVII.). Pareillement, *dans le conflict des loix préceptives entr'elles, la loi perfective l'emporte* (§ XLVIII.). Nous donnerons en leur lieu les autres regles sur ce sujet; les loix du systême en général, & le plan de celui, que nous nous proposons de suivre à présent, l'exigeant ainsi. (*l*) *Du conflict des loix.*

§. LXV. Il peut arriver que nous soyons obligés par quelque raison particu- *Du conflict des mêmes devoirs.*

quelque principe adopté faux, que d'un principe adopté vrai; comme on l'a vu plus d'une fois. 5. Que notre Auteur paroît n'avoir pas fait attention à ce que nous venons de remarquer par rapport à la maniere, dont les Jurisconsultes Romains ont tâché de fixer le *Droit privé*, leur attribuant les différentes distinctions du Droit de la Nature, qu'il expose dans ce paragraphe.

§. LIX. (*i*) L'Auteur parle ici simplement des devoirs naturels, auxquels nous sommes uniquement tenus par le principe de contribuer au bien de notre prochain: car d'ailleurs la faculté ou le pouvoir que quelqu'un auroit de subsister ne me délivreroit point du devoir de lui payer une dette, comme l'obligation de m'en acquitter n'est pas enlevée par l'impuissance où je suis d'y satisfaire.

§. LXI. (*k*) Pour bien saisir le sens de ce paragraphe, il faut faire attention, que l'Auteur n'y parle que relativement à l'état actuel dans lequel on se trouve; & relativement au droit qu'un autre peut avoir de s'attendre que vous exerciez envers lui un acte d'humanité; car d'ailleurs s'il est vrai que l'impossibilité morale détruit toute obligation, & conséquemment tout devoir, il n'en est pas toujours ainsi de l'impossibilité physique; celle-ci ne détruit pas toujours l'obligation, ni conséquemment non plus le devoir.

§. LXIV. (*l*) Ce que l'Auteur enseigne dans ce-

culiere, aux choſes auxquelles nous ſommes déjà obligés envers les autres indifféremment entant qu'hommes; & qu'ainſi une *obligation*, naiſſant de deux ou de pluſieurs cauſes, en devienne *plus forte*. Donc *ſi nous devons rendre à pluſieurs le même devoir, en cas de conflict la plus forte obligation l'emporte*; c'eſt-à-dire, qu'*il faut préférer celui envers qui nous ſommes plus obligés.*

De l'exercice du droit. §. LXVI. L'*exercice d'un droit*, ce ſont les actes permis, en vertu de ce droit, à celui à qui il appartient. Car le droit conſiſte dans la ſimple poſſibilité d'agir (§. XLVI.). Celui qui fait actuellement ce qu'il peut faire en vertu d'un droit, *uſe de ſes droits.* C'eſt pourquoi *il ne faut s'oppoſer à perſonne dans l'exercice de ſon droit* (§. L.). Et puiſque chacun a droit de ſatisfaire à ſon obligation (§. XLVI.), *le bon uſage du droit eſt celui que les devoirs exigent* (§. LVII.): *l'abus conſiſte dans le contraire.*

De la publication de la loi. §. LXVII. *La publication de la loi* eſt l'acte par lequel on la fait connoître à ceux qu'elle doit obliger. Or, puiſque *la loi naturelle* a ſa raiſon ſuffiſante dans la nature & l'eſſence de l'homme & des choſes (§. XXXIX.), on peut voir par-là à quoi elle nous oblige, & nous donne droit; par conſéquent puiſqu'on peut en acquérir la connoiſſance, par l'uſage des facultés qui y ſont propres, elle *n'a pas beſoin de publication.* Mais *les loix poſitives* venant de la volonté d'un autre (§. XXXIX.), volonté qu'on ignore, ſi elle n'eſt manifeſtée, elles *ont beſoin de publication, & ne peuvent obliger avant que d'avoir été publiées*; & puiſque l'obligation vient de la volonté de celui qui porte la loi (ibid.), *elles obligent, ou depuis le jour de la publication, ou depuis le terme exprimé dans la loi.* Nous verrons en ſon lieu, à qui appartient le droit de porter des loix. (*m*)

CHA-

ce paragraphe-ci découle immédiatement de ceux qu'il cite; mais auſſi on peut y voir les conſéquences de ce que nous avons remarqué au §. XLIV. Car s'il eſt vrai que nous ne devons travailler au bien & à la perfection des autres, qu'autant que nous travaillons par-là à notre bien & à notre perfection, il eſt évident que dans tous les cas, nous devons toujours nous donner la préférence; mais s'il eſt vrai que nous ſommes obligés de travailler à la perfection du prochain & à la nôtre, parce que nous faiſons partie d'un tout, à la perfection duquel nous devons concourir; il ne nous ſera point permis de nous préférer dans tous les cas. Ce fils qui eſt allé prendre la place de ſon père ſur les Galeres, & qui par ce fait a donné lieu au Drame, publié ſous le titre de *l'honnête Criminel*, a manifeſté des ſentiments au-deſſus de la théorie de notre Auteur. On bannit de la Société la générosité, & toute cette noble façon de penſer qui élévent l'homme & l'approchent, pour ainſi dire, de la divinité ſi on rappelle tous ſes devoirs à ce qu'il ſe doit à lui-même. Qu'y a-t-il de plus beau que de voir un homme qui ſe ſacrifie pour faire des heureux!

§. LXVII. (*m*) Ce paragraphe nous indique la raiſon de ce beau paſſage des Empereurs VALENTINIEN & MARTIEN. *Leges ſacratiſſimæ, quæ conſtringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut univerſi præſcripto earum manifeſtius cognito, vel inhibita declinent, vel permiſſa ſectentur. l. 9 de ll. & conſt.* & de ce que l'Empereur LEON dit *Conſt.* LXXVII.

(†) CHAP III. L'Auteur nous ayant expoſé ce qu'il faut entendre par *Obligation*, *Droit*, *Loi* & par *Principe du Droit Naturel*, conſidérés en général, commence dans ce Chapitre-ci à nous montrer les différents caracteres de l'obligation & du droit de l'homme: ce qui le porte à traiter d'abord de l'obligation univerſelle & du droit univerſel des hommes en général.

§§. LXIX. & LXX. (*n*) Ce que l'Auteur enſeigne dans ces deux paragraphes réſulte immédiatement de ce qu'il a établi dans ceux auxquels il renvoit; mais pour ne pas s'y méprendre, il faut bien faire attention, que l'Auteur n'a démontré l'*égalité naturelle de tous les hommes*, qu'*autant qu'ils ſont hommes*, c'eſt-à-dire, abſtraction faite de tous les différents états, dans leſquels les hommes peuvent

CHAPITRE III.

De l'obligation universelle & du droit universel des hommes en général. (†)

§. LXVIII. Une *obligation universelle*, eſt celle par laquelle chaque homme eſt lié entant qu'homme. Et le *Droit universel* qui en naît (§. XLVI.) eſt celui qui appartient à chaque homme, entant qu'homme.

Obligation universelle. Droit universel.

§. LXIX. Puiſque l'obligation naturelle a ſa raiſon ſuffiſante dans l'eſſence & dans la nature-même de l'homme, & qu'en poſant celle-ci on poſe celle-là (§. XXXVIII.); & puiſque tous les hommes en général ont une même nature & une même eſſence, il s'enſuit qu'*une obligation, par laquelle un homme eſt lié, entant qu'homme, eſt la même dans tous les hommes;* par conſéquent *les droits qui appartiennent à un homme, entant qu'homme, ſont les mêmes pour tous les hommes* (§. XLVI.). Donc *il y a des obligations univerſelles, & des droits univerſels.* Et même, comme dans le droit naturel, on enſeigne ſur-tout ce qui ſe déduit de la nature & de l'eſſence commune de tous les hommes, c'eſt principalement des obligations univerſelles, & des droits univerſels qu'on y traite.

Qu'il y a des obligations univerſelles, & des droits univerſels; quelles ſont les unes & quels ſont les autres.

§. LXX. Dans un ſens moral des *hommes égaux* ſont ceux, dont les obligations & les droits ſont les mêmes. Donc *les hommes, entant qu'hommes, ſont naturellement égaux* (§. LXIX.). (*n*)

Egalité naturelle des hommes.

§. LXXI. La *prérogative* étant un droit qui appartient à quelqu'un de plus qu'aux autres, qui ont d'ailleurs les mêmes droits, il s'enſuit que *naturellement l'homme, entant qu'homme, n'a aucune prérogative,* & qu'ainſi *il n'y a point de prérogative naturelle* (§. LXX.).

Il n'y a point de prérogative naturelle.

§. LXXII Et même puiſque naturellement tous les hommes ont les mêmes droits, & les mêmes obligations (§. LXIX); il s'enſuit que *ce qui naturellement eſt permis à un homme, entant qu'homme, eſt auſſi permis à un autre,* & que *ce que l'un doit à l'autre, l'autre le lui doit auſſi* (§. XLIX.).

De ce qui eſt permis, illicite, dû.

§. LXXIII. Il paroît clairement par-là, qu'*il ne faut pas faire aux autres, ce qu'en vertu de notre droit, nous ne voulons pas qu'ils nous faſſent;* & qu'*il faut faire aux autres ce qu'en vertu de notre droit, nous voulons qu'ils nous faſſent à nous-mêmes.* Ceux qui en agiſſent autrement s'arrogent une prérogative, que la nature ne leur donne point (§. LXXI.), & ils détruiſent l'égalité naturelle (§. LXX.), qui, par rapport aux obligations univerſelles, & aux droits univerſels, ſubſiſte auſſi long-temps que l'homme eſt homme, c'eſt-à-dire, auſſi long-temps qu'il exiſte (§§. XXXVIII. XLVI.). *Quelques inégalités* donc, *qui puiſſent s'introduire par le fait des hommes,* (ce qui peut ſe faire, comme nous le verrons en ſon lieu) *on eſt tenu cependant envers eux aux devoirs que l'homme doit à l'homme,* c'eſt-à-dire, *aux devoirs d'humanité* (§. LXI.).

Ce qu'il faut faire & ne pas faire aux autres. Perpétuité de nos devoirs envers les autres.

§. LXXIV. On appelle *droit inné*, ou né avec l'homme, celui qui découle d'une

Droit inné.

vent ſe trouver d'ailleurs, & de tous les différents rapports, dans leſquels ils peuvent prendre naiſſance: il eſt d'autant plus néceſſaire d'y faire attention, que l'Auteur en tire pluſieurs conſéquences, dont les unes me paroiſſent devoir être déduites d'autres principes, & dont les autres ſemblent peu juſtes. Par exemple, s'il eſt vrai que l'homme ne doit pas faire à autrui ce qu'il ne voudroit pas qu'on lui fît, par la raiſon que les hommes ſont naturellement tous égaux, comme l'Auteur l'enſeigne au §. LXXIII., ne s'enſuit-il pas, que ſi le monde eſt tellement conſtitué que les hommes ne ſoient pas naturellement égaux mais inégaux, ce précepte ne devra pas avoir lieu, attendu que la raiſon qui l'établit ſera fauſſe. Je ferai voir ci-après, comment ce précepte peut-

ne obligation innée, ou née avec lui. Et une *obligation innée*, c'eſt celle que l'on poſe en poſant la nature & l'eſſence de l'homme. C'eſt pourquoi une pareille obligation étant immuable, à cauſe de l'immutabilité de l'eſſence & de la nature de l'homme, dont elle eſt inſéparable, il s'enſuit qu'*un droit inné eſt* auſſi *tellement attaché à l'homme qu'on ne peut le lui enlever;* en effet il lui eſt donné pour ſatisfaire à quelque obligation (§. XLVI.).

Préſéance. §. LXXV. La *Préſéance* eſt le droit de primauté dans l'ordre, que pluſieurs perſonnes doivent obſerver entr'elles. Puiſqu'il n'y a point de préſéance entre les égaux (§. LXX.), *naturellement* auſſi *perſonne n'a de préſéance.*

Du droit ſur les actions d'un autre. §. LXXVI. Naturellement tous les hommes ont les mêmes droits (§. LXIX), ſi donc vous aviez droit ſur les actions d'un autre, enſorte qu'il dût les regler ſur votre volonté, & qu'il ne pût faire ce qui lui plaît, il auroit à ſon tour le même droit ſur vos actions; ce qui étant abſurde, ſur-tout puiſque cela devroit s'étendre à tous les hommes indifféremment, il s'enſuit que *naturellement perſonne n'a droit ſur les actions d'un autre.* C'eſt en effet dans l'eſſence & dans la nature de l'homme que ſe trouve la raiſon ſuffiſante de la loi naturelle (§. XXXIX.), & par conſéquent des obligations, & des droits qui en découlent; or il n'y a dans cette eſſence & cette nature aucune raiſon pour laquelle quelque homme doive avoir quelque droit ſur les actions d'un autre.

§. LXXVII.

peut être deduit d'un autre principe.

§§. LXXVI. & LXXVII. (*o*) Arrêtons-nous un moment aux démonſtrations que l'Auteur fournit dans les §§. LXX. & ſuivants juſques à celui-ci, pour prouver un droit égal & une parfaite indépendance entre tous les hommes, conſidérés dans l'état naturel & ſans aucune relation de l'un à l'autre. Il le déduit, comme nous l'avons vu, de l'égalité naturelle: & il déduit cette égalitée de l'état de l'homme, conſidéré purement & ſimplement entant qu'homme, abſtraction faite de tous les rapports, qui accompagnent ſon exiſtence depuis le moment qu'il vient au monde: mais s'il n'eſt aucun homme, qui naiſſe & qui exiſte indépendamment de ces rapports; ſi l'exiſtence de l'homme eſt même tellement liée à ces rapports, que l'on ne peut les en ſéparer, s'ils ſont inſéparables de ſon exiſtence, quoique par abſtraction, on puiſſe les en détacher, la démonſtration de l'Auteur ſera, à ce qu'il me ſemble, en défaut, & ne pourra pas être appliquée à l'homme, conſidéré tel que l'ordre de la nature le fait naître. Cet ordre répugne même à l'égalité, à l'indépendance, & à la liberté qui réſultent de l'idée de l'homme, conſidéré uniquement par lui-même & dans ſon individu. Tous les Auteurs, il eſt vrai, ont adopté cette égalité & cette liberté originaires & univerſelles, que notre Auteur a voulu établir ici; mais ne ſe ſont-ils pas trompés? Si Dieu ayant créé à la fois & tout d'un coup un certain nombre d'hommes, il les eût répandus ſur la terre çà & là, ou bien, ſi par un concours fortuit d'atomes les éléments euſſent produit une certaine quantité d'êtres que l'on nomme hommes, & s'il étoit queſtion de rechercher & de démontrer les devoirs & les droits naturels de ces êtres, la théorie de notre Auteur leur ſeroit, je l'avoue, parfaitement applicable: mais l'homme n'étant pas produit ainſi ſur la terre; ſon exiſtence étant ſoumiſe & aſſujettie à des loix conſtantes & immuables, en particulier à celles de la procréation, qui lui donne un pere & une mere, qui le fait venir au monde dans un état de foibleſſe, qui le met d'abord dans une dépendance totale de ceux auxquels il doit le jour, qui l'aſſujettit à l'indiſpenſable néceſſité de contracter tous les devoirs, que la gratitude & la reconnoiſſance peuvent preſcrire, qui le place d'un côté vis-à-vis de vieillards qui ont beſoin d'aſſiſtance; d'un autre côté vis-à-vis d'hommes faits, d'adoleſcents, de jeunes gens; enfin dans un milieu d'êtres comme lui, varié à l'infini, & dans lequel le mien & le tien ſe préſentent à ſes premiers regards, je ne vois pas comment la théorie d'une égalité originaire & univerſelle puiſſe être admiſe auſſi généralement qu'on a coutume de le faire & que le fait notre Auteur; quoiqu'il ſoit vrai d'un autre côté, que là où ces rapports naturels, qui accompagnent l'exiſtence de l'homme par ſa naiſſance, n'exiſtent pas, cette théorie doit avoir pleinement ſon application. De tout cela je conclus que la doctrine de notre Auteur devra avoir lieu toutes les fois qu'il s'agit des droits & des devoirs à obſerver par des hommes, qui n'ont d'autre rapport enſemble que celui d'être hommes, & qu'à cet égard elle doit être admiſe dans toute ſon étendue; mais qu'elle doit auſſi y être bornée & ne pas aller plus loin.

§§. LXXVIII. & LXXIX. (*p*) Les Hommes ſont natu-

De la liberté naturelle.

§. LXXVII. *Naturellement* donc *les actions d'un homme sont indépendantes de la volonté de tout autre homme, & chacun dans ce qu'il fait ne dépend que de lui-même.* Cette indépendance de la volonté d'un autre, ou cette dependance de sa seule volonté propre s'appelle *Liberté.* Naturellement donc tous les hommes sont libres. Cependant comme l'obligation naturelle est immuable (§. XXXVIII.) *la liberté n'abolit point l'obligation naturelle, & n'y change rien.* (*o*)

A quoi elle oblige les autres.

§. LXXVIII. Puisqu'*en vertu de la liberté naturelle* l'homme dans ce qu'il fait ne dépend que de lui-même (§. LXXVII.), *il faut*, en vertu de cette même liberté, *lui permettre de déterminer ses actions selon son propre jugement, & il n'est pas obligé de vous rendre compte de ce qu'il fait ou ne fait pas, pourvu qu'il ne vous fasse rien qu'il soit obligé parfaitement de ne pas vous faire* (§. LXXX.).

Qui doit juger si l'on doit rendre les devoirs d'humanité.

§. LXXIX. Il paroit de là, que *lorsqu'il s'agit des devoirs d'humanité, c'est à celui de qui on les attend, à juger s'il est en son pouvoir de les rendre, &* qu'*il faut s'en tenir à son jugement*, comme aussi *c'est au jugement de celui qui les demande qu'il faut s'en rapporter sur le besoin qu'il en a*, par conséquent *celui qui demande un devoir d'humanité doit en souffrir le refus, & ne peut contraindre un autre à le lui rendre.* Cependant *celui qui sans en avoir le droit refuse un devoir d'humanité, se rend coupable d'un péché* (§. LVIII.). (*p*)

Obligation parfaite, & imparfaite; droit parfait & imparfait.

§. LXXX. On voit par là en quel sens on dit, que l'obligation aux devoirs de l'hu-

naturellement libres & égaux, donc chacun a le droit de juger par lui-même, s'il est obligé de faire ou d'omettre quelque acte d'humanité: donc aussi, celui qui demande un acte d'humanité devra se soumettre au jugement de celui auquel il le demande. Tel est le raisonnement de notre Auteur. Si vous admettez son principe, vous ne pouvez gueres lui refuser ses conséquences. Mais nous avons fait voir, que ce principe ne peut être admis aussi universellement que Mr WOLFF l'avance: nous avons prouvé qu'il ne peut avoir lieu, qu'autant qu'on suppose que les hommes n'ont aucun autre raport, que celui d'être hommes: ainsi les conséquences n'en seroient tout au plus admissibles, qu'autant qu'on considere les hommes dans cette seule & unique relation. Et encore dans ce cas, le seroient-elles bien aussi universellement que l'Auteur l'enseigne? J'en doute. Ces conséquences semblent même ôter au nécessiteux la faculté de se servir de contrainte dans le cas, qu'il est en état de savoir, que celui, auquel il demande un acte d'humanité, est en état de le faire sans se nuire, ou non. Supposons un homme, qui vient de se sauver d'un naufrage, & qui se présente à la boutique d'un boulanger, lui demandant du pain; ce pauvre nécessiteux n'auroit-il pas le droit, par le devoir de sa propre conservation, de prendre en cas de refus un morceau de pain à ce boulanger, ou de le forcer à le lui donner, s'il en avoit le pouvoir; & seroit-il obligé de se laisser mourir de faim plutôt que d'user de contrainte, par la raison d'une égalité naturelle entre ce boulanger & lui? Je ne le pense pas; le droit de l'Affamé me paroit alors autoriser l'usage du droit de contrainte: & cet exemple prouve, ce me semble, évidemment, que notre Philosophe pousse trop loin la doctrine, qu'on ne peut forcer quelqu'un à remplir un devoir d'humanité. Nous verrons dans la suite au §. CCCV. qu'il se corrige lui-même; qu'il admet le droit de contrainte dans les cas de nécessité.

Mais voyons si nous ne pouvons pas rendre la doctrine de l'Auteur plus conséquente par les principes-mêmes, qu'il nous fournit dans son grand ouvrage du *droit de la Nature & des Gens*, dans lequel toutes ses définitions sont développées. Il y enseigne au §. DCLXVIII. de la I. P. Ch. III. que naturellement les hommes sont obligés de contribuer à la perfection & au bien-être de leur prochain. Ce principe posé, voici le raisonnement que j'en tire. Si les hommes sont naturellement obligés de contribuer à la perfection & au bien-être de leur prochain, il s'ensuit que je puis & que je dois même me servir des moyens propres à remplir ce devoir; & s'il ne me reste que la contrainte pour le faire, que je puis en user: conséquemment que j'ai le droit de contrainte sur celui qui ne remplit pas les devoirs de l'humanité, soit relativement à moi, soit relativement aux autres. Voilà, me dira-t-on, une théorie qui soumet les uns au bon plaisir des autres, les plus foibles aux plus forts: qui fait dépendre les hommes du jugement & de la volonté de ceux qui auront le pouvoir en mains. C'est un principe admirable pour les Intolérants: il revient à celui du *Contrains-les d'entrer.* Point du tout. Pour user du droit & du devoir de contribuer à la perfection & au devoir des autres, il

l'humanité eſt une obligation imparfaite, & que ces devoirs eux-mêmes ſont dûs imparfaitement; on ne veut pas dire que l'obligation naturelle ſoit imparfaite, ni qu'il ſoit libre à chacun d'y ſatisfaire, ou non, ce qui répugne à la vraie idée de la liberté naturelle (§. LXXVII.): cela veut dire ſeulement que celui qui demande qu'on lui rende un pareil devoir, ne peut y contraindre un autre (§ LXXIX.). On appelle donc *obligation imparfaite*, celle à laquelle perſonne ne peut être contraint de ſatisfaire, comme d'un autre côté, on appelle *obligation parfaite* celle qu'on peut être contraint de remplir; auſſi appelle-t-on *droit parfait* celui qui eſt joint avec le droit de contraindre un autre de remplir une obligation, s'il le refuſoit; & l'on appelle *droit imparfait* celui qui ne contient point ce droit de contrainte. Le droit parfait s'appelle auſſi ſimplement *droit* ſur-tout dans le droit civil, où l'on n'a égard qu'au droit parfait. Grotius donne au droit imparfait le nom d'*aptitude*, & Aristote l'appelle *mérite* pour exprimer que celui à qui on doit le rendre en eſt digne. *Le merite eſt* donc *le beſoin de celui qui demande un devoir d'humanité* (§. XLIV. LVII).

Quel eſt le droit requis pour ſatisfaire à une obligation naturelle.

§. LXXXI. *Le droit que la loi naturelle nous donne pour remplir une obligation naturelle eſt un droit parfait*, puiſqu'une pareille obligation eſt néceſſaire & immuable (§. XXXVIII.), & que par conſéquent nous ne ſommes pas obligés de ſouffrir qu'un autre empêche l'uſage de ce droit. Il naît en effet de l'obligation parfaite, où ſont les autres, de n'en pas empêcher l'uſage (§. LXVI.); obligation à laquelle répond le droit de ne pas ſouffrir qu'on l'empêche; & ce droit étant parfait, (§. LXXX.) celui d'où il n'ait doit l'etre auſſi. Donc *le droit inné eſt un droit parfait* (§. LXXIV.).

Du droit de demander les devoirs d'humanité.

§. LXXXII. Il paroît par là qu'étant obligés de demander le ſecours des autres, dans les choſes où nous ne pouvons nous ſuffire à nous-mêmes (§. XLIV.) *le droit de demander les devoirs d'humanité eſt un droit parfait*, *quoique le droit de demander que les devoirs d'humanité ſoient rendus en tel lieu, & tel temps, par un tel, ſoit un droit imparfait* (§. LXXIX. LXXX.). Puis donc que perſonne ne doit empêcher un autre d'exercer ſon droit (§. LXVI), *on ne doit* auſſi *empêcher perſonne de demander quelque devoir d'humanité; & s'il le demande, il faut le ſouffrir pa-*

il faut les connoître: ſans cette connoiſſance, on court risque de faire le contraire de ce qu'on doit faire: dès que l'on ignore l'état de celui qu'on voudroit engager à un acte d'humanité relativement à cet acte, on ne peut pas juger s'il eſt obligé de le remplir, & conſéquemment on manque la baſe, pour juger ſi on a le droit de l'y contraindre, & dans ce cas on ne peut non plus en avoir le droit. Notre ignorance nous expoſe à l'erreur, elle pourroit nous faire toucher un autre but, que celui auquel nous devons tendre. Par là on voit que le devoir de laiſſer à un chacun le droit de juger, s'il doit remplir un devoir imparfait ou non, s'il doit y ſatisfaire ou n'y point ſatisfaire, eſt fondé, non pas ſur une égalité & une liberté originaires & univerſelles entre tous les hommes; mais ſur l'Ignorance dans laquelle eſt celui qui demande, par rapport à l'état & aux circonſtances de celui, auquel il fait la demande: & c'eſt proprement cette ignorance, qui l'empêche d'avoir le droit de contrainte & d'en uſer. Un affamé rencontre un homme avec une piece de pain à la main: il lui en demande un morceau: l'autre le lui refuſe. L'Affamé ignore ſi celui, qui a cette piece de pain n'eſt pas plus affamé encore que lui: il ne peut donc pas le contraindre. Mais un Affamé entre dans une maiſon ouverte; il paſſe dans une chambre; il y trouve une table dreſſée, des mets & du pain en abondance: il demande à être du repas & offre ſon écot. On le lui refuſe. Qui, ſous prétexte d'une liberté & d'une égalité originaires, refuſera à cet homme le droit de contrainte contre ceux, qui lui font ce refus? Qui le condamnera, ſur ce principe, à mourir plutôt de faim, que d'uſer de violence: je le ſuppoſe dans un endroit iſolé, où l'occaſion lui manque de ſe ſatisfaire d'une autre maniere.

N'oublions pas de remarquer pourtant, que pour avoir un droit de contrainte à un acte d'huma-

patiemment. Puisque nous ne sommes obligés de rendre les devoirs d'humanité qu'à celui qui en a besoin, il est nécessaire qu'on les demande.

§. LXXXIII. On appelle *injuste* ce qui se fait contre le droit parfait d'un autre; & *contraire à l'équité*, ce qui se fait contre un droit imparfait. Une chose est faite *contre le droit d'un autre* quand elle le détruit, le diminue, ou en empêche l'usage de quelque façon que ce soit; comme d'un autre côté on agit *selon le droit d'un autre* quand on ne commet rien qui y soit contraire, & qu'on n'omet rien de ce qui doit se faire, tant que ce droit subsiste. De même l'on appelle *juste*, ce qui se fait selon le droit parfait d'un autre, & *équitable* ce qui se fait selon un droit imparfait. Comme les loix civiles tolerent certaines choses qui sont naturellement injustes, ainsi que nous le verrons en son lieu, ce qui est juste naturellement a plus d'étendue que le *juste civilement*, par opposition auquel on appelle *équitable* tout ce qui est conforme à la seule loi naturelle. *Juste, & injuste, équitable, & contraire à l'équité.*

§. LXXXIV. Il ne faut pas confondre la liberté avec la *licence*, qui, sans égard à l'obligation naturelle & au droit, s'étend à tout ce qui plaît, & en est un desir effréné. Puisqu'elle répugne à l'obligation naturelle, dont personne ne peut être exempté (§. XLII.) *personne n'a droit à la licence.* (*q*) *De la licence.*

§. LXXXV. Comme la *vertu* en général, est l'habitude de régler ses actions sur la loi naturelle, & que le *vice* qui lui est opposé est l'habitude de diriger ses actions d'une maniere contraire à ce que la loi naturelle prescrit; ainsi en particulier on appelle *justice* la vertu, par laquelle on rend à chacun son droit parfait, c'est-à-dire, ne faisant rien qui y soit contraire, & faisant tout ce qui doit être fait selon ce droit (§. LXXXIII.); & d'un autre côté on appelle *injustice*, le vice par lequel on ne rend pas à un autre son droit, faisant ce qui y est contraire, & ne faisant pas ce qui est selon ce droit. Entant que la *justice* embrasse tous les droits tant parfaits qu'imparfaits, & qu'on la considere dans chaque action, autant qu'elle se rapporte aux autres, ou qu'elle s'y peut rapporter, quand même on y regarderoit principalement à soi-même, elle s'appelle *universelle*, & quand on la prend dans un sens plus reserré, elle s'appelle *particuliere*. Au reste *la justice natu-* *De la justice, & de l'injustice.*

manité, nous ne devons pas avoir perdu ce droit par quelque fait de notre part. Une faute peut nous ôter le droit de juger, si celui à qui nous demandons un bienfait n'est pas en droit & même obligé de nous le refuser, soit pour nous corriger, soit pour que nous servions d'exemple aux autres. Un Riche fait son devoir en refusant l'Aumone à un paresseux ou à un ivrogne. La charité n'est pas toujours un acte méritoire, & devient même une action mauvaise, si elle est mal employée, quoique l'extrême nécessité soit un titre bien fort pour demander du secours.

Au reste; il faut bien faire attention à ce que notre Auteur dit dans le §. LXXX. savoir que les obligations, que l'on nomme imparfaites, ne le sont que relativement à la nécessité, dans laquelle les autres se trouvent de les laisser à la libre disposition de celui qui doit les remplir; & qu'au for de la conscience elles ne sont pas moins parfaites que toutes les autres.

§. LXXXIV. (*q*) L'Auteur recommande avec raison de ne pas confondre la licence avec la liberté: au §. LXXVII. il a défini la liberté en la nommant *l'indépendance dans ses actions de toute autre volonté*, définition exacte, simple, claire, qui cependant a échapé à tous ceux qui nous ont voulu définir cette faculté morale, & dont l'application fera voir encore, combien il importe de fixer le veritable sens des mots. Tant que cette liberté n'opere ou ne produit rien, qui aille contre nos devoirs naturels, elle appartient naturellement & originairement à l'homme, ainsi que notre Philosophe l'a fait voir (§§. LXXVI & LXXVII.) mais dès qu'elle tend à produire des actions contraires à nos devoirs, elle devient ce que l'on nomme *licence*, répugne à notre obligation naturelle, & ne peut conséquemment apartenir à qui que ce soit.

turelle a plus d'étendue que la justice civile (§. LXXXIII.), *& la licence est la mère de l'injustice.* (§. LXXXIV.). (*r*)

La justice & l'équité prescrites; les contraires défendus. §. LXXXVI. Puisqu'on ne doit empêcher personne d'user de son droit (§. L.), & qu'on ne peut enlever un droit à personne (§. LXXIV.), *personne ne doit rien faire qui soit contre le droit d'un autre, mais plutôt chacun doit faire ce qui est selon ce droit* (§. LXXXIII.); *nous devons* donc *rendre à chacun son droit, & ne violer le droit de personne;* par conséquent *nous devons être justes, & non injustes* (§. LXXXV.). Et parce que le droit imparfait naît, aussi bien que le droit parfait, d'une obligation naturelle parfaite en soi, en sorte qu'on peche en agissant contre ce droit (§. LXXIX. LXXX.); *nous devons nous montrer équitables envers tous, & ne rien faire de contraire à l'équité envers qui que ce soit* (§. LXXXIII.).

Ce que c'est que l'injure; qu'elle est défendue. §. LXXXVII. La violation du droit parfait d'un autre s'appelle *tort* ou *injure.* (*) d'où il paroît que *l'injure est défendue* (§. LXXXVI.), *& naturellement illicite* (§. XLIX.). Quoique jusqu'à présent nous n'ayions établi que le droit inné, nous verrons en son lieu, que ce qui est dit ici de l'injustice & de l'injure, doit s'appliquer aussi aux droits acquis. Au reste comme *la licence* est la mere de l'injustice (§. LXXXV.), de même aussi elle *ouvre la porte aux injures* (§. LXXXIV.). (*s*)

De la lésion. §. LXXXVIII. *Léser* quelqu'un c'est violer son droit parfait, ou lui faire une injure; *toute lésion renferme* donc *une injure.* Puis donc que nous ne devons faire injure à personne (§. LXXXVII.), *il ne faut léser personne.* Au reste quoique la lésion & l'injure consistent, dans un même acte; elles different cependant en ceci, que le mot de lésion a rapport à la personne dont on viole le droit, exprimant un acte que cette personne ne doit point souffrir; au lieu que l'injure est considérée comme une violation du droit lui-même, sans égard à la personne à qui on la fait, ou comme un acte illicite en soi, où l'on regarde au droit-même qui

§. LXXXV. (*r*) L'Auteur met les Vertus au rang des habitudes : comme on pourroit se figurer qu'il en fait des habitudes corporelles, il est bon de se rappeller qu'il attribue des actions & des habitudes à l'Ame aussi bien qu'au Corps. C'est ainsi que la *Justice* est proprement une habitude de l'Ame : elle consiste *dans une constante & permanente volonté de donner à chacun ce qui lui est dû.* Les Jurisconsultes Romains l'ont ainsi exprimée dans la définition que nous trouvons de la Justice, *Instit. Tit.* I. L'*Injustice* seroit par opposition une *constante & permanente volonté de ne pas donner à chacun ce qui lui est dû:* mais communément on ne donne pas ce sens au mot *injustice* : on s'en sert ordinairement, du moins en françois, pour désigner une action particuliere, par laquelle on blesse le droit d'autrui, & c'est dans ce sens qu'on dit *commettre une injustice*, qu'il *y a de l'injustice* dans un fait: il importe de distinguer les *actions*, de l'*habitude* qu'on a de les faire. On nomme *injuste* un homme qui est dans l'usage de commettre des injustices, non pas celui qui en commet quelquefois soit par un défaut de jugement, soit par un défaut de volonté : parce que commettre quelquefois ne suppose pas des habitudes: souvent aussi on désigne, par le mot injustice, plutôt les effets du jugement ou de la volonté que le jugement ou la volonté-même, Lorsqu'on dit d'un Prince ou d'un Tribunal *qu'il ne rend pas justice*, qu'il ne *fait pas justice*; alors on prend l'effet pour la cause.

(*) Le mot d'injure, selon son Etymologie, marque tout ce qui est contre le droit, & peut être employé, comme il l'est ici, pour désigner la violation de toute espece de droit ; quelquefois il est restreint à marquer particuliérement le tort qu'on fait à quelqu'un & à son honneur, comme ci-dessous §. CXLIII. R. d. T.

§. LXXXVII. (*s*) Le mot *injure* dans le style du droit romain, signifie généralement, tout ce qui est contraire au droit, *quasi non jure factum*, & c'est dans ce sens que notre Auteur l'emploie ici; mais les François lui donnent une signification beaucoup plus limitée, & désignent par ce mot toute action, par laquelle on blesse la réputation de quelqu'un, ou la bonne opinion que d'autres peuvent avoir de nous ; en un mot toute action, qui attaque, soit de fait, soit par paroles, l'honneur du prochain ; c'est aussi là le sens que les Jurisconsultes Romains lui attribuent dans le titre des Pandectes de *injuriis & famosis libellis.* On dit plus généralement faire tort, pour marquer

qui eſt violé. Comme la juſtice naturelle a plus d'étendue que la juſtice civile (§ LXXXV.), de même auſſi les léſions, ou les torts, ont naturellement plus d'étendue qu'on ne leur en aſſigne dans le droit civil. Cela paroîtra plus clairement par ce que nous allons dire, & par ce que nous dirons dans la ſuite. (*t*)

§. LXXXIX. Ce que la loi naturelle défend conſiſtant dans une *omiſſion* (§. XLVII.) *l'obligation qui en réſulte eſt toujours certaine.* Donc *de l'obligation impoſée par une loi prohibitive naît un droit parfait de ne pas ſouffrir qu'un autre faſſe, ce qu'il eſt obligé envers vous de ne pas faire* (§. XLVI.). C'eſt pourquoi, puiſqu'on ne doit léſer perſonne (§. LXXXVIII), *tout homme a naturellement le droit de ne pas ſouffrir qu'un autre le leſe*, & ce droit donné à chacun par la nature s'appelle *droit de ſûreté*, laquelle conſiſte dans l'exemption de léſion. Il paroît de là que *la léſion embraſſe naturellement tout acte que la loi naturelle défend par rapport aux autres*; par conſéquent, que *tout acte qui rend un autre, ou ſon état plus imparfait, eſt une léſion* (§. XLIV.); mais que *le refus d'un devoir d'humanité n'eſt pas une léſion* (§. LXXIX). (*v*) *De la ſûreté & de l'étendue naturelle de la léſion.*

§. XC. Puiſque nous ne ſommes pas obligés de ſouffrir qu'un autre nous léſe (§. LXXXIX.) *il eſt permis de réſiſter à celui qui veut nous léſer*; & comme l'action par laquelle on réſiſte à celui qui veut nous léſer s'appelle *défenſe*, *l'homme a naturellement le droit de défenſe*; par conſéquent, *tous les actes, ſans lesquels il ne peut détourner la léſion, lui ſont permis* (§. XLVI.) *ces actes devant être déterminés par les circonſtances.* (*x*) *Du droit de défenſe.*

§. XCI. Pareillement, puiſque nous ne ſommes pas obligés de ſouffrir qu'un autre nous leſe (§. LXXXIX.), *il nous eſt permis de nous précautionner contre les léſions*, & par conſéquent, *d'obliger les autres à ne pas nous léſer.* *Des précautions contre les léſions.*

§. XCII. Puiſque nous ne pouvons obliger quelqu'un à ne pas faire quelque cho- *Comment on peut les prendre.*

quer qu'on bleſſe le droit parfait, de quelque nature que ce droit puiſſe être.

§. LXXXVIII. (*t*) Tout le monde eſt d'accord ſur les trois préceptes du Droit Romain *honeſte vivere, alterum non lædere, ſuum cuique tribuere*, dont l'illuſtre Leibnitz a fait trois degrés du Droit naturel: on ne conteſtera point qu'il ne faille vivre honnêtement, qu'il ne faille donner à chacun ce qui lui appartient, & qu'il ne faille faire aucun tort à qui que ce ſoit; ces vérités ſont ſi ſimples, ſi évidentes, qu'il paroît ridicule de vouloir en donner la définition: mais demandons un peu ce que l'on entend par *vivre honnêtement*, *donner à chacun ce qui lui eſt dû*, & *ne faire du tort à qui que ce ſoit?* on ſera bien éloigné d'y pouvoir répondre, & l'embarras dans lequel on ſe trouvera fera voir qu'on n'en a que des idées très-confuſes, au moyen deſquelles on interprétera ces trois préceptes, ſuivant que les paſſions & l'intérêt nous en feront trouver une application qui réponde à nos vues. L'Auteur a défini dans le §. XLIX. ce que c'étoit que vivre honnêtement, dans le LXXXV. il a fixé le ſens du précepte qui dicte, qu'il faut rendre à chacun ce qui lui eſt dû; & dans celui-ci il nous expoſe ce que c'eſt que faire du tort: il a fait voir en même temps comment ces trois préceptes, dans le ſens qu'il en a indiqué, réſultent de la nature & de l'eſſence-même de l'homme; Nous en verrons l'utilité dans la ſuite.

§. LXXXIX. (*v*) Ce que l'Auteur enſeigne ici du deni d'un devoir de charité, doit, ce me ſemble, être interprété ſuivant les remarques que j'ai faites aux §§. LXXVIII. & LXXIX. Dès que le devoir d'humanité eſt refuſé dans une occaſion, où l'acte de charité tend à ma conſervation, ſans nuire, ou du moins ſans nuire beaucoup, à celui qui l'exerceroit, l'obligation dans laquelle je ſuis de me conſerver, pouvant me donner le droit de contrainte, le deni du devoir d'humanité eſt une léſion.

§. XC. (*x*) La concluſion de ce paragraphe eſt trop générale: je voudrois la limiter en l'exprimant ainſi: *conſequemment tous les actes licites, ſans lesquels il ne peut pas détourner la léſion, lui ſont permis.* Cette regle eſt le fondement de pluſieurs déciſions du Droit Romain. Par ex. celle de Gajus l. 55. de reg. jur. *Nullus videtur dolo facere qui ſuo jure utitur;* celle de Paul à la *l.* 151. *eod. Nemo damnum facit, niſi qui id facit, quod facere jus non habet*; & celle du même Juriſconſulte *non videtur vim facere qui ſuo jure utitur. l* 155. *eod.*

chose, qu'en joignant un motif avec l'action (§. XXXV.) & qu'un motif de nolition consiste dans la représentation d'un mal; *il est permis de causer quelque mal physique à celui qui nous a lésé actuellement* (§. XCI.), *de peur que lui-même de nouveau, ou d'autres à son exemple, ne nous lesent, ou que lui-même ou d'autres* n'en lesent d'autres.

De la punition & du droit de punir. §. XCIII. Un mal Physique causé à quelqu'un pour un mal moral par celui qui a droit de l'obliger, s'appelle *punition* ou *peine* ou *châtiment*; Donc *l'homme a naturellement le droit de punir celui qui l'a lésé.* Entant que *la peine* tend à changer l'intention de léser, on l'appelle peine *corrective;* entant qu'elle tend à détourner les autres de léser quelqu'un, elle se nomme peine *exemplaire.* C'est pourquoi puisque la peine ne doit être considérée que comme un moyen, & que le but de celui qui punit est de réformer l'intention de léser, & d'intimider ceux qui auroient pû avoir cette intention, *la grandeur de la peine doit être fixée par les circonstances* (§ XLVI.). (y)

Droit infini. §. XCIV. On appelle un *Droit infini* celui duquel on ne peut fixer les bornes en général, de sorte qu'elles doivent être determinées par les circonstances qui se rencontrent dans un cas donné. *Le droit de défense, aussi bien que celui de punir, est donc infini* (§. XC. XCIII.). (z)

Droits innés, quels ils sont. §. XCV. Par ce que nous avons dit jusqu'ici, on voit quels sont les droits innés de l'homme; c'est le droit aux choses sans lesquelles il ne peut satisfaire à ses obligations naturelles (§. XLVI.), (sous lequel sont compris le droit de demander les devoirs d'humanité (§. LXXXII.), & le droit d'y obliger les autres parfaitement, comme nous le verrons au §. XCVII., c'est l'égalité (§. LXX.), la liberté (§. LXXVII), le droit de sûreté (§. LXXXIX), avec le droit de défense (§. XC.) & le droit de punir (§. XCIII.), qui en dérivent. Au reste nous montrerons en son lieu quels sont les autres droits, qui naissent de ceux-là, & comment on peut conformément à la loi naturelle, contracter d'autres obligations, & acquérir d'autres droits.

§. XCVI.

§. XCIII. (y) De là il paroît que les disputes sur le droit d'infliger les peines sont très vaines; car dès qu'on entend par *peines* ou *punition* simplement *un mal physique infligé pour un mal moral*, il est clair que tout homme peut naturellement user du droit de glaive; & que celui qui leve la canne & frappe celui qui tache de lui enlever sa montre, inflige une peine; mais est-ce bien là le sens dans lequel ce mot est employé & pris généralement & communément? Ne désigne-t-il pas plutôt, dans le sens ordinaire, un mal physique déterminé & annoncé sur un fait, annoncé par un supérieur à des inférieurs & infligé aux transgresseurs en conséquence de cette commination? Dans ce sens les peines ne pourront jamais avoir lieu, qu'en vertu d'une loi émanée de la part d'un supérieur. Il y a plus: la définition que notre Auteur nous donne de *peine* ne me paroît point générale. Est-il bien vrai que les peines se bornent toujours uniquement à des maux physiques. Quand une mere refuse de recevoir l'embrassement ou les caresses d'un enfant, qui aura commis quelque mal moral, & que cet enfant s'en afflige, est-ce un mal physique qu'elle lui inflige en lui persuadant qu'il a perdu les bonnes graces de sa mere; idée qui dans les enfans bien nés fait plus d'effet que tous les maux physiques qu'on peut leur infliger. Lorsqu'un Prince ôte sa confiance à un Ministre qui l'aura mal servi, l'idée d'être mal dans l'esprit du Monarque, celle de ne pouvoir plus être employé dans les affaires de l'Etat, de n'être plus en place, sera-t-elle un mal physique ou un mal moral? Un homme généralement abhorré pour avoir commis quelque action noire sentira-t-il un mal physique, si sans cesse il est tourmenté de l'idée d'avoir perdu son honneur & sa réputation? A le bien considérer les peines, ou plutôt les punitions, sont dans le sens de notre Auteur des souffrances quelconques infligées pour un mal moral commis. GROTIUS les nomme *mala passionis*, ce qui revient au mot *souffrances* que nous venons d'employer.

§. XCIV. (z) Par la définition que notre Auteur donne ici du *Droit infini*, on voit qu'il ne faut pas entendre par-là un droit sans bornes, mais un droit, qui, quoique limité, n'admet pas en général des limites, & dont les bornes doivent être déterminées par les circonstances des cas, dans

§. XCVI. L'homme eſt une *perſonne morale*, entant qu'on le conſidére comme le ſujet de certaines obligations, & de certains droits. Delà on appelle *ſon état moral*, celui qui eſt déterminé par des obligations & par des droits; & on appelle cet état *naturel*, entant que les obligations & les droits qui les déterminent ſont naturels, ou ſe trouvent en lui en vertu de la loi naturelle. *Les hommes dans l'état naturel ſont* donc *gouvernés par le ſeul droit de la nature.* (*a*) *Perſonne morale, état moral, naturel.*

§. XCVII. Comme très-ſouvent l'homme, pour remplir ſon obligation, a beſoin du ſecours des autres, qu'ainſi il lui importe de ſe l'aſſurer, & qu'il a droit aux actes ſans lesquels il ne peut remplir cette obligation (§. XLVI.); *il a donc auſſi le droit d'obliger un autre à faire certaines choſes pour lui, & il acquiert ainſi un droit parfait ſur ces choſes*; de ſorte qu'au lieu qu'avant cela, il auroit dû ſupporter le refus, il peut à préſent contraindre, ou forcer l'autre à faire ce à quoi il l'a obligé (§. LXXIX. LXXX.), auſſi *ce qui dépendoit de la volonté de celui-ci, eſt à préſent une affaire de néceſſite, & s'il ne le fait pas, il y a léſion & injure* (§. LXXXVIII. LXXXVII.). (*b*) *De la maniere d'obliger parfaitement un autre envers nous, & d'acquérir un droit parfait.*

§. XCVIII. On appelle *conteſtation par la force* la pourſuite violente d'un droit, par laquelle nous tâchons, ſoit de détourner une léſion dont on nous ménace, ou une injure qu'on voudroit nous faire; ſoit d'obliger ceux qui nous ont léſés, ou nous ont fait une injure, à ne plus nous léſer dans la ſuite; ſoit enfin de contraindre quelqu'un à faire une choſe à laquelle nous l'avons obligé. L'état de ceux qui conteſtent par la force s'appelle *guerre.* Il paroît delà que *l'homme a droit de guerre*; que *la ſeule cauſe juſte qu'elle puiſſe avoir eſt une injure qu'on nous a faite, ou qu'on veut nous faire* (§. LXXXVII. LXXXIII.); & que *le refus d'un devoir d'humanité, n'eſt pas une juſte cauſe de guerre* (§ LXXIX.). (*c*) *Du droit de guerre.*

§. XCIX. La *paix* eſt oppoſée à la guerre, c'eſt donc un état où il n'y a point *De la paix.*

dans leſquels ce droit peut avoir lieu. Il eſt très-important de bien faire attention à ceci, parce que l'idée confuſe d'un droit infini a donné lieu à bien des erreurs, adoptées & ſoutenues même par des Auteurs de la premiere diſtinction, comme nous aurons occaſion de le faire voir dans la ſuite de ces obſervations.

§. XCVI. (*a*) Ce que l'Auteur dit ici mérite d'autant plus d'attention, qu'on y trouve une remarque des plus eſſentielles, & à laquelle on ne réfléchit ordinairement pas; que bien des gens ne ſont pas même en état de ſaiſir. Si l'homme entant que ſuſceptible de devoirs & de droits eſt un être moral, ſi c'eſt comme être moral qu'il faut le conſidérer lorſqu'il eſt queſtion de ſes droits & de ſes devoirs, il en réſulte qu'aucune action qu'il fait comme être phyſique ne peut par elle-même lui donner quelque droit ou le dégager de quelque obligation, & qu'il faut une action morale pour le ſoumettre à quelque devoir, ou lui faire acquérir quelque droit: quoique d'un autre côté il ſoit vrai qu'un acte phyſique que nous aurons commis, peut nous impoſer un devoir ou une obligation, malgré que notre volonté n'y ait eu aucune part.

§ XCVII. (*b*) C'eſt là le fondement du droit parfait que l'on acquiert ſur les actions d'autrui: & en particulier des droits & des devoirs qui réſultent des promeſſes, pactes, traités; enfin de tous les contracts quels qu'ils puiſſent être.

§. XCVIII. (*c*) Le refus d'un office d'humanité ne donne pas, dit notre Auteur, droit à la guerre. Cela eſt fondé ſur le principe qu'il a poſé dans les §§. LXX. & ſuiv. & ſur lequel nous avons fait nos remarques. Nous avons fait voir qu'il eſt des cas, dans lesquels on peut avoir le droit de contrainte contre celui qui nous refuſe un devoir d'humanité, & les raiſons que nous en avons données prouvent que ce refus peut nous donner un juſte ſujet de guerre. Suppoſons une nation affligée d'une famine: ſuppoſons-en une autre qui ſoit dans l'abondance des grains, mais qui refuſe d'en vendre à celle qui ſe trouve dans un beſoin extrême. Pourquoi celle-ci n'aura-t-elle pas le droit de forcer l'autre à lui en céder? Sera-ce parce que toutes les Nations ſont originairement égales entr'elles? & qu'en vertu de cette égalité on ne peut uſer de contrainte, pour obtenir l'accompliſſement d'un devoir d'humanité? Cette raiſon n'a pas plus de force relativement à deux Nations, qu'elle n'en a relativement à deux hommes, conſidérés dans l'état naturel, & j'ai fait voir, ce me ſemble, qu'elle manque de juſteſſe.

§. XCIX.

point de guerre. Et puisqu'il faut ne léser personne, & par conséquent s'abstenir de toute injure (§. LXXXVIII.), *les hommes sont obligés à cultiver la paix, elle est conforme à la nature, & la guerre y est contraire* (§. XXXVIII.) : ce n'est pas la nature qui y donne lieu, c'est la malice des hommes qui ne veulent pas satisfaire à leurs obligations, c'est quelque injure (§. XCVIII.). (*d*)

De l'obligation contractée, & du droit acquis. §. C. Il est évident par ce que nous avons dit, qu'outre les obligations, & les droits nés avec l'homme, il y a encore des obligations introduites par le fait des hommes, & des droits acquis par elles (§. XCV.); ces *obligations* s'appellent *contractées;* ces *droits* s'appellent *acquis.* Il paroît encore que *personne ne peut se libérer lui-même d'une obligation contractée* (§. XCVII.), & par conséquent qu'*on ne peut ôter à quelqu'un malgré lui un droit acquis*, né de cette obligation (§. XLVI.), comme nous l'avons montré plus haut touchant les obligations innées (§. XLII.), & les droits innés (§. LXXIV.). Toute obligation étant donc innée, ou contractée, & tout droit étant inné ou acquis; il est démontré à présent en général, que *personne ne peut se libérer lui-même de son obligation, ni enlever à quelqu'un un droit malgré lui.* (*e*)

Du droit commun, & du droit propre. §. CI. Puisque les obligations innées lient tous les hommes (§. LXXIV.), & que les obligations contractées lient seulement celui que vous avez obligé à faire

§. XCIX. (*d*) C'est ainsi que l'Auteur, en suivant le fil de ses principes, parvient à nous prouver que l'état naturel de l'homme est la paix, c'est-à-dire, que les hommes, observant ce qui doit les rendre parfaits & heureux, doivent immanquablement se trouver dans un état de paix: or comme dans ce développement on considere ce que l'homme est obligé de faire, abstraction faite des passions, qui le portent à agir d'une maniere fort différente, l'on voit pourquoi des Auteurs, envisageant dans l'état de l'homme, non pas ce qu'il est obligé de faire, mais ce que les passions & les infirmités lui font commettre ou omettre ordinairement, ont admis comme un principe général, sur lequel la conduite des hommes doit se régler, qu'ils sont naturellement dans un état de guerre vis-à-vis les uns des autres: *homo homini Lupus.* D'où ils ont conclu que l'état de guerre est l'état naturel de l'homme. Or cela est vrai relativement aux passions; mais d'un autre côté il n'est pas moins vrai qu'à considérer l'état naturel de l'homme, entant qu'être raisonnable, cet état doit le porter à la paix. On voit par-là qu'il y a deux faces sous lesquelles on peut envisager l'homme relativement à ses actions morales: en premier lieu, comme un être, qui doit tendre à sa perfection & y rapporter toutes ses actions; c'est le principe de notre Auteur: en second lieu comme un être qui doit éviter tous les effets de la passion & de la malice des hommes: c'est le principe du fameux HOBBES. Cet Ecrivain ne me paroît pas avoir d'autre objet en vue dans son ouvrage *de Cive.* Quoique d'un génie profond & pénétrant, il n'a pas saisi, ce me semble, que le devoir d'éviter les effets de la passion & de la malice des hommes, résulte immédiatement du principe de notre Auteur: car il est évident que les passions considérées, soit par rapport à nous-mêmes, soit par rapport aux autres, ne peuvent en aucune façon nous fournir, ou même nous indiquer une regle de conduite: elles ne tendront à notre bien-être qu'autant qu'elles concourront à notre perfection. Conséquemment il en faut toujours revenir aux principes de notre Auteur: ils satisfont dans leurs conséquences au même but pour lequel on nous indique les passions des hommes & leurs irrégularités, pour y conformer notre conduite. Les Auteurs qui ont donné dans ces idées s'y sont vraisemblablement laissés entraîner, parce que dans le cours de la vie, la prudence demande souvent qu'on se regle sur ce que les passions font faire aux hommes, plutôt que sur les devoirs à remplir de son côté. Le principe de contribuer au bien-être du prochain me porte, à accueillir avec politesse un étranger, à lui faire plaisir; à lui rendre service: mais l'expérience m'apprend que les trois quarts du temps on est la dupe de ces complaisances. Le principe qu'on ne doit pas refuser ses bons offices à ceux, auxquels on peut être utile, me porte à rendre service avec attachement, & avec zele à ceux qui se disent mes amis. L'expérience me prouve que j'ai travaillé pour des ingrats qui bien loin de me payer d'aucun retour, travaillent encore à me nuire. Les ingrats sont des monstres, il est vrai, mais malheureusement il n'y en a que trop dans le monde: & de là il arrive que ceux qui suivent les vrais principes du Droit naturel, sans faire attention aux passions & à la malice des hommes, sont souvent la dupe de leur bonne

re certaines choſes pour vous (§. c.) & que de même les droits innés appartiennent indifféremment à tous les hommes, & le droit acquis ſeulement à celui qui a obligé un autre à faire certaine choſe pour lui (ibid.), il paroît delà qu'il y a des droits, qui appartiennent à tous indifféremment, & d'autres qui n'appartiennent qu'à un ſeul, ou à pluſieurs enſemble, conſidérés par oppoſition à tous; & parcillement qu'il y a des obligations qui regardent de la même maniere tous les hommes, ou pluſieurs pris enſemble, ou un ſeul. On appelle donc *droit commun*, celui qui appartient à tous indifféremment, & *droit propre* celui qui n'appartient qu'à un ſeul, ou à pluſieurs pris enſemble, par oppoſition à tous les autres. On comprend de même ce que c'eſt qu'*obligation commune*, & *obligation propre*. Il paroît au reſte que *le droit propre eſt excluſif à tous les autres hommes, & que ſi un droit eſt propre à pluſieurs pris enſemble, il eſt commun entr'eux.*

§. CII. L'*état* naturel de l'homme eſt, ou *originaire*, entant qu'il eſt déterminé ſeulement par les obligations innées, & par les droits innés; ou bien il eſt *adventif* ou *acceſſoire*, entant qu'il eſt déterminé par des obligations contractées, & des droits acquis en vertu de la ſeule loi naturelle. Ainſi *l'homme tient ſon état originaire, de la ſeule nature; & il ne ſe trouve dans un état acceſſoire que par l'intervention de quelque fait humain.* Il eſt aiſé de voir auſſi que *la paix appartient à l'état originaire* (§. XCIX.) & *la guerre à l'état acceſſoire* (§. XCVIII.): que la *guerre* ayant pour but de faire ceſſer, ou de réparer l'injure qui en eſt la cauſe (§. XCVIII.), elle *eſt naturellement permiſe pour avoir la paix* (§. XCIX.), & que par conſéquent *il ne faut la faire*, c'eſt-à-dire, conteſter par la force, *qu'en vue de la paix.* Pour qu'on ne ſe trouve pas embarraſſé à diſtinguer l'état acceſſoire d'avec l'état originaire, il faut remarquer, que l'homme peut avoir un droit qui, conſidéré en lui-même, lui appartienne dans l'état originaire, & dont cependant l'exercice n'ait lieu que dans un état acceſſoire, entant que c'eſt le fait d'un autre qui y donne lieu. On en trouve un exemple dans le droit de ſe défendre & de punir, ſi l'on conſidére attentivement l'origine de l'un & de l'autre (§§. XC. XCIII.).

De l'état originaire & acceſſoire.

CHA-

bonne volonté. Encore n'eſt-il pas rare qu'on les prenne & qu'on les regarde pour des hommes ſans lumiere, ſans eſprit, ſans génie, ſur-tout dans les Cours, où les affaires d'état exigent qu'on ait toujours un œil attentif ſur ce qui fait mouvoir le cœur humain. Mais quoiqu'il ſoit vrai que les principes du Droit naturel exigent de la circonſpection & de la prudence dans leur application; il n'en eſt pas moins vrai pour cela, que ces principes conſervent toujours leur force & leur étendue.

§. C. (*e*) Voilà la démonſtration d'une vérité, qu'on cherche en vain d'éluder ſous prétexte qu'on contracte pour ſe procurer ſon propre avantage; & qu'ainſi on peut manquer à l'engagement, dès qu'on voit qu'il ne répond pas à ce but. S'il eſt étonnant que dans un ſiecle éclairé de célébres Auteurs ſe ſoient laiſſés éblouir par un ſophiſme, qui ôte à la Société humaine tous ſes avantages, & toute ſa ſûreté; & dont on apperçoit le faux, dès qu'on le porte à la lumiere d'une philoſophie éclairée, cet égarement nous prouve bien combien il eſt à deſirer qu'on apporte dans l'étude du droit un eſprit philoſophique, qui ſache démêler les apparences & les artifices d'une fauſſe logique d'avec les vérités pures.

Obſervons pourtant ſur ce paragraphe, que l'Auteur y énonce ſa derniere propoſition en termes trop généraux: il dit qu'*on ne peut ôter à quelqu'un ſon droit malgré lui*: on ne le peut point moralement, cela eſt vrai; mais quelqu'un peut commettre un acte phyſique, qui nous mette dans la néceſſité de renoncer à un droit: il peut en commettre un par lequel nous perdions un droit: il ne le peut pas moralement; c'eſt-à-dire, il n'en a pas la faculté morale (car c'eſt cela qu'emporte le mot de *poſſe*, pouvoir); il nuit à votre droit: il peut donc le faire, mais non pas impunément: & voilà ce que je voudrois ajouter à la déciſion que nous donne notre Auteur. Car ne point avoir la faculté morale de faire une choſe revient à l'idée de ne pouvoir faire une choſe impunément; c'eſt-à-dire, que ſi on la fait, on s'oblige par cet acte d'indemniſer celui, auquel on ôte le droit, ou le pouvoir d'exercer ſon droit.

CHAPITRE IV.

Des devoirs de l'homme envers lui-même, & des droits qui y sont attachés. (†)

De la diversité, & de la liaison des devoirs. §. CIII. L'homme doit se perfectionner lui-même, c'est-à-dire, tant son ame que son corps, & il doit perfectionner son état (§. XLIII.), autant qu'il le peut (§. XXXVII.). Il y a donc des *devoirs envers l'ame, envers le corps, & par rapport à l'état externe* (§. LVII.); ces *devoirs doivent se lier; il ne faut pas s'attacher tellement à l'un, que l'on néglige les autres; & celui qui a des facultés plus étendues, qui peut disposer de plus de choses, & tirer plus de secours d'autrui, est obligé à faire plus.* (*f*)

Du soin d'acquérir des biens. §. CIV. Comme les *biens de l'ame & du corps*, sont ce qui perfectionne l'ame, & le corps; & les biens *de la fortune*, ce qui perfectionne l'état extérieur, *chacun doit avoir soin d'acquérir les biens de l'ame, du corps, & de la fortune qui sont en son pouvoir* (§§. CIII. LX.), & par conséquent *se garantir des maux de l'ame, du corps, & de la fortune* (§. LI.). (*g*)

De la connoissance de soi-même & des autres. §. CV. *Il est* donc *nécessaire que l'homme se connoisse lui-même, par rapport à son ame, à son corps & à son état;* & comme on avance dans la connoissance de soi-même, par celle des autres; puisqu'on y voit de quelles perfections & de quelles imperfections l'homme & son état sont susceptibles, par quel usage de ses facultés il acquiert celles-là, & par quel non-usage, ou par quel abus de ces mêmes facultés, il tombe dans celles-ci, il est nécessaire aussi que l'homme *connoisse les autres & les étudie avec soin dans cette vue.*

§. CVI.

(†) CHAP. IV. Ce Chapitre développe & expose dans un ordre simple & merveilleux les devoirs que l'homme se doit à lui-même. On n'a qu'à le confronter avec celui où PUFENDORF traite le même sujet, pour en appercevoir & sentir toute l'utilité.

§. CIII. (*f*) Nous avons vu comment notre Auteur nous a exposé les droits & les devoirs universels des hommes, pris en général. Maintenant il passe à la démonstration des devoirs, que l'homme se doit à lui-même, & des droits qui y sont attachés. L'ordre des vérités le conduit d'abord à en toucher une, qui est si commune, qu'on trouvera peut-être étrange qu'il s'y arrête: cependant, toute commune qu'elle soit, elle ne paroît pas attirer l'attention des hommes, comme elle le mérite en effet. On néglige trop souvent de s'arrêter à des vérités triviales, comme si elles n'en valoient pas la peine; cependant ce sont elles qui doivent nous empêcher de faire des faux pas; ignorées ou mal saisies, nous serons toujours mal guidés, & toujours exposés à tomber dans l'erreur. Il faut travailler à la perfection du corps comme à celle de l'esprit, dit notre Auteur. Eh, qui en doute! Je n'en fais rien: mais je vois, par exemple, des Peres & des Meres, qui imbus de préjugés contre la danse, laissent contracter à leurs Enfants des difformités & des manieres, qui n'annoncent sûrement pas une attention pour la perfection du corps. Je vois des Prédicateurs se faire un mérite de négliger tout ce qui a trait aux agréments extérieurs de la déclamation: il y en a même qui passent plus loin encore, & qui paroissent se faire une étude particuliere de tout ce qui peut rendre leurs façons désagréables. Quelle peut en être la raison? C'est parce qu'on n'est pas convaincu, que l'homme est naturellement obligé à ces devoirs particuliers, qui concernent l'extérieur de notre être; c'est parce qu'on croit qu'on peut les négliger, qu'il y a du mérite à le faire, qu'on veut paroître n'avoir égard qu'aux beautés de l'ame & aux qualités de l'esprit; enfin c'est parce qu'on ne fait pas attention à une vérité, dont personne ne doute. „ Il y a, dit „ notre Auteur, des devoirs envers l'ame, en- „ vers le corps, & par rapport à l'état externe: „ ces devoirs doivent se lier." Ceux qui donnent trop au corps & ceux qui donnent trop à l'ame, font donc également mal, & péchent contre le principe de la perfection, à laquelle les opérations de l'ame & du corps doivent tendre par leur concours.

§. CIV. (*g*) Puisque les richesses ou les biens tem-

§. CVI. L'usage des facultés de l'ame consiste à en tirer des actes ; & *la perfection de l'ame* consiste dans l'accord de tous les usages de toutes ses facultés tant supérieures, qu'inférieures (§. IX.): C'est pourquoi, puisque *l'homme* est obligé de se perfectionner (§. XLIII.) il *doit travailler à devenir propre, non seulement à tous les usages des facultés de son ame, mais aussi à accorder dans ses actions l'usage de toutes ces facultés*, comme nous l'avons montré ci-dessus (§. LXII.), par conséquent; *il doit éviter tant le non-usage de ses facultés, que leur discordance dans ses actions* (§. LI.), & puisque *l'habitude* est la facilité d'agir, *l'homme est obligé à acquérir l'habitude de se servir de ses facultés, & d'accorder leur usage.* (*b*) *De la perfection de l'ame.*

§. CVII. Par conséquent *l'homme a droit à tout ce qui est nécessaire pour acquérir les usages de ses facultés, & pour mettre d'accord ces usages* (§. XLVI.). *Du droit qui appartient à l'homme en conséquence.*

§. CVIII. *L'entendement* étant la faculté de se répresenter les choses distinctement; c'est-à-dire, non seulement de distinguer entr'elles les choses qui se trouvent dans un même objet, mais encore de former des jugements déterminés, (de sorte qu'en vertu de ce qu'on suppose dans le sujet, l'attribut lui convienne ou lui répugne) & de bien raisonner; *nous devons travailler à acquérir l'habitude de distinguer les choses qui sont dans un objet qui se présente & que nous pouvons connoître, de former des jugements déterminés, & de bien raisonner.* Mais comme cela ne peut se faire, à moins que nous ne puissions *conserver notre attention*, (c'est-à-dire faire ensorte que nous soyons plus occupés de l'objet auquel nous pensons, que des autres dont l'idée se présente, ou pouvoit se présenter en même temps) & à moins que nous ne *réfléchissions* (c'est-à-dire que nous ne portions successivement notre attention sur les differentes choses qui sont dans l'objet) *nous devons avoir soin* aussi *d'acquérir un aussi grand degré d'attention qu'il est possible, & l'habitude de réfléchir.* (*i*) *De la perfection de l'entendement.*

§. CIX.

temporels sont mis par le Créateur au nombre des moyens, dont on peut se servir pour se perfectionner, ce n'est pas un crime de les rechercher: au contraire on auroit tort de ne pas le faire, parce qu'on peche dès là qu'on néglige de saisir le moindre des moyens, que la providence met à notre disposition, pour être employés, soit à notre utilité soit à celle des autres. Les Richesses servent à prévenir ou à detourner les maux dont on est quelquefois menacé: ils servent à les adoucir, si l'on en est affligé: ils servent à soulager les malheureux dans leurs besoins, & à donner du secours à ceux, que la misere & les infirmités obligent d'y avoir recours. Et comme le but de ces devoirs est d'augmenter notre perfection, l'on voit que ceux qui le font par quelque autre motif, pechent par le motif & non par le fait; & qu'ainsi on a tort de déclamer contre les richesses & l'envie d'en posséder ou d'en acquérir. Voyez *Principes de Morale déduits des opérations de la volonté humaine*, par FORMEY, *Tom. I. p.* 79. & 80. *p.* 201. *& suiv.*

§. CVI. (*b*) Notre Auteur parle ici des facultés supérieures & inférieures de l'Ame: ainsi pour bien entendre ce paragraphe, & ce que notre Auteur en déduit dans la suite, il faut savoir ce qu'il entend par *facultés supérieures & inférieures de l'ame.* En général on peut dire que les facultés supérieures sont celles qui nous font discerner le vrai du faux, ou qui servent à nous les faire discerner. Telle est l'attention, la réflexion, la méditation. Les inférieures sont celles qui servent à nous représenter des objets sensibles: tels sont par exemple les sens. Ceux qui voudront quelque chose de plus détaillé sur la distinction des facultés supérieures & inférieures peuvent se satisfaire dans la *Morale intellectuelle*, que Mr. FORMEY a publiée sous le titre de *Principes de morale déduits de l'usage des facultés de l'entendement humain*: Tom. I. *Ch.* I. *p.* 5. *& suivantes. Chap.* V. *p.* 138. *& suiv.*

§. CVIII. (*i*) La démonstration que notre Auteur nous donne ici du devoir, qui doit porter l'homme à cultiver son entendement, afin de se former une connoissance juste non-seulement de lui-même, mais aussi des autres hommes, pourra au premier abord paroître superflue, comme celle qui regarde les devoirs relatifs à la perfection du corps; dont nous avons parlé au §. CIII. Ce que nous y avons dit peut être appliqué ici, & l'on verra encore dans la suite combien il étoit nécessaire de ne pas omettre la démonstration de ces vérités, dont l'évidence, quoique assez frappante, n'est pas généralement si

 bien

De la perfection de l'appétit, & de la faculté aversative.

§. CIX. L'appétit de l'homme est généralement déterminé à rechercher le bien, & sa faculté aversative à fuir le mal; c'est pourquoi la *perfection de l'appetit* consistant en ce qu'il ne puisse être déterminé que par le vrai bien, & celle *de la faculté aversative*, en ce qu'elle ne puisse être déterminée que par le vrai mal; & d'un autre côté *l'imperfection de celui-là* consistant à pouvoir être déterminé par le bien apparent, estimé par un plaisir présent, mais nuisible, & *l'imperfection de celle-ci* consistant à pouvoir être déterminée par le mal apparent estimé par un déplaisir présent, mais non nuisible; il s'ensuit que *nous devons travailler à ce que notre appétit ne se porte jamais qu'au vrai bien, & que notre faculté aversative n'abhorre jamais que le vrai mal;* par conséquent, *nous devons nous étudier à pouvoir toujours distinguer le vrai bien & le vrai mal, du bien & du mal apparents.* Et parce que les usages de toutes nos facultés doivent s'accorder (§. CVI.), *il faut travailler* sur tout *a accorder l'appétit sensitif avec le raisonnable, c'est-à-dire avec la volonté; & l'aversation sensitive avec la raisonnable, ou la nolonté;* par conséquent, puisque la volonté & la nolonté dépendent des actes de l'entendement, & que l'appétit sensitif & l'aversation sensitive dépendent des actes des sens & de l'imagination, *nous devons accorder l'entendement avec les sens & l'imagination, dans la représentation du bien ou du mal.* (*k*)

Du soin de gouverner, de réprimer, & de calmer les passions.

§. CX. A l'appétit sensitif, & à l'aversation sensitive se rapportent les *passions* qui consistent dans des appétitions & des aversions (*) plus vehémentes; d'où il suit qu'*il faut travailler à les diriger dans nos actions d'une façon conforme à la loi naturelle*, c'est-à-dire, à les gouverner, *& à leur résister*, *de peur qu'elles n'aboutissent à des actes exterieurs contraires à la loi naturelle, auxquels elles tendent*, c'est-à-dire, qu'il faut les réprimer (§. CIX.); & s'il arrive qu'elles nous empêchent d'agir, ou que nous ne puissions pas encore les gouverner, il faut *les étouffer*, ou les calmer lorsqu'elles s'élévent subitement. D'où il paroît que nous devons *acquérir l'habitude de vouloir déterminer nos actions conformément à la loi naturelle.* (*l*)

Quelles connoissances il faut acquérir.

§. CXI. Il paroît encore, que *l'homme est obligé à acquerir la connoissances des choses qu'il faut savoir pour discerner les vrais biens & les vrais maux de ceux qui ne sont qu'apparents* (§. CIX.) *& pour agir droitement* (§. LII. LIII.).

§. CXII.

bien saisie qu'on le croit communément. Au reste on trouve dans l'ouvrage de Mr. FORMEY, que je viens de citer, un très-bon Commentaire sur ce paragraphe. Voyez *Tom.* I. *Chap.* I. *p* I. *& suiv.* De même; *Les Principes de Morale appliqués aux déterminations de la volonté*, du même Auteur. *Tom.* I. *Ch.* I. *p.* I. *& suiv.*

§. CIX. (*k*) Tous les moments de la vie, nous sentons que nous sommes portés à ce qui nous fait plaisir; & que nous avons une aversion naturelle pour ce qui nous est desagréable; mais nous ne sentons pas également, que pour jouïr de ce qui est bon, & pour éviter ce qui est mal; il faut que l'entendement nous éclaire; & que l'entendement, pour pouvoir nous faire discerner le bien du mal, doit être cultivé & perfectioné. Nous ne le sentons pas, & nous ne pouvons pas le sentir. La raison doit nous l'apprendre, & malheureusement la raison ne peut nous l'apprendre qu'après que l'entendement a été cultivé jusques à un certain degré. On présume trop legérement, & c'est un défaut général, qu'il n'y a qu'à suivre la pente qui nous entraîne; que nous sommes assez éclairés sur notre intérêt; & c'est-là la premiere & la principale source des malheurs qui affligent l'humanité. Notre Auteur fait voir dans ce paragraphe, que la perfection de notre appétit consiste dans la déterminabilité par le vrai bien uniquement; c'est-à-dire, par la disposition à n'être déterminé que par ce qui est véritablement bon, & que la perfection de l'aversation consiste dans la disposition à n'être déterminé que par le vrai mal; comme l'imperfection à ces deux égards consiste dans la disposition à être déterminé par le bien ou le mal apparent: d'où il déduit le devoir d'accoutumer l'inclination naturelle que nous avons pour les biens à ne se porter qu'à ceux qui sont réels, & notre aversation pour le mal à ne nous éloigner que de ceux qui sont véritablement tels. J'ai donné, il y a quelques années un petit Ouvrage philosophique sous le titre de *Bonheur, ou Nou-*

veau

De la perfection & de la conservation du corps.

§. CXII. Le corps humain eſt composé *d'organes vitaux*, deſtinés à la conſervation de la vie & de l'eſpéce humaine ; d'organes *ſenſibles*, qui ſervent aux ſenſations, & aux actes de l'imagination & de la mémoire qui en dépendent, & qui ſont ou *extérieurs*, viſibles au dehors du corps, ou *intérieurs*, cachés au dedans; enfin d'organes *moteurs*, qui ſervent au mouvement local du corps, & de ſes membres extérieurs. Donc *la perfection du corps*, entant que *vivant*, conſiſte dans l'aptitude à ſe conſerver, & à multiplier ſon eſpéce ; entant que *ſentant*, elle conſiſte dans l'aptitude à produire les idées matérielles des choſes ſenſibles; entant que *ſe mouvant* enfin, dans l'aptitude à produire les mouvements convenables aux appétitions & aux averſions de l'ame, & à déterminer la ſituation ſoit de tout le corps, ſoit de ſes membres extérieurs (§. IX.). De toutes ces choſes, priſes enſemble, naît l'aptitude à conſerver l'harmonie entre l'ame & le corps, en quoi conſiſte *la perfection du corps*; de laquelle, jointe à la perfection de l'ame, que cette méme harmonie exige, réſulte *la perfection de l'homme* ; & comme il eſt démontré par les principes de la Théologie naturelle, que l'homme, tant par rapport à ſon ame, que par rapport à ſon corps, repréſente Dieu (*), cette perfection de l'homme entier conſiſte dans l'aptitude à repréſenter Dieu, enſorte qu'on y voie en quelque maniere ſon image; auſſi *un Athée ne peut*-il *connoître intimement la perfection de l'homme.* Comme la perfection du corps humain ſuppoſe l'intégrité de tous ſes membres, & qu'il paroît par l'expérience que l'on peut acquerir différentes habitudes de la faculté phyſique ; *l'homme eſt* donc *obligé de conſerver l'intégrité de tous les membres de ſon corps*, *& d'acquérir les habitudes de la faculté phyſique*, *dont il a beſoin pour agir droitement* (§. CVI. LII.), par conſéquent *il doit éviter de dépraver ſes membres*, *& de les perdre*, & par la même raiſon *il doit conſerver ſon corps & ſa vie* ; donc *le ſuicide*, ou le meurtre de ſoiméme *eſt illicite.*

De la conſervation & du rétabliſſement de la ſanté & du ſoin, de ſe garantir des maladies.

§. CXIII. On appelle *ſanté* cet état du corps, dans lequel toutes ſes parties s'acquittent bien de leurs fonctions; l'état oppoſé, dans lequel une ou pluſieurs de ces parties ne ſont pas propres aux uſages auxquels elles ſont deſtinées, s'appelle *maladie*. Cela s'entend auſſi des parties fluides. Au reſte, dans le diſcours or di-

veau *Syſtème de Juriſprudence Naturelle*, & qu'on a réimprimé à *Paris*, en l'attribuant à Mr. FORMEY. J'y ai fait voir en quoi conſiſte proprement le *Bonheur*, & comment on ſe le procure en pratiquant les devoirs qui tendent à notre perfection: quoique l'ordre que j'y ai obſervé, & le fil que j'ai ſuivi ſoient très-différents de ceux, que notre Auteur emploie dans ces *Inſtitutions*, on n'y trouvera point de différence cependant pour le fonds. Les deux ouvrages de Mr. FORMEY que j'ai cités ci-deſſus pourront donner bien des lumieres à ceux qui en deſireroient ſur les vérités, contenues dans ce paragraphe.

(*) Appétit & averſation expriment les facultés ; appétition & averſion expriment les actes. R. d. T.

§. CX. (*l*) On déclame ſans fin contre les paſſions dit un célébre Auteur (Mr. DIDEROT dans ſes *Penſées Philoſophiques*, ouvrage dont Mr. FORMEY a développé les défauts dans les *Penſées Raiſonnables* qu'il y a oppoſées.) Si l'on déclame contre les paſſions, c'eſt qu'ordinairement les hommes ne s'accoutument pas à les modérer & à les diriger, de manière qu'elles concourent à notre perfection. Les paſſions ſont excellentes dès qu'on en tire un bon parti, parcequ'elles ſervent à nous faire agir avec vivacité & avec vigueur; mais elles produiſent un mauvais effet, dès que nous nous laiſſons aller à leur cours impétueux. Rien n'eſt donc plus important que de ſe former de bonne heure des habitudes propres à régler nos paſſions & à les réprimer de façon qu'elles répondent à notre deſtination. Monſieur FORMEY a ſur cela des choſes excellentes dans ſa *Morale Practique*, dont on ne peut aſſez recommander la lecture à ceux qui aiment à ſe former des idées nettes & diſtinctes de la morale. Voyez *Principes de Morale deduits des opérations de la volonte humaine. Livre* III. *Tom.* I. *p.* 287. *& ſuiv.*

(*) On peut conſulter là deſſus la Théologie naturelle de Mr. WOLF. R. d. T.

dinaire, le mot de maladie s'entend sur-tout des organes vitaux. *Galien* appelle *erreur externe*, l'empêchement, qui se trouve dans quelque organe, à produire une action, à laquelle il paroît propre, considéré en lui-même. Puisque toutes les parties du corps doivent être conservées dans un état où elles soient propres à leur usage (§. CXII.); *l'homme est obligé à conserver sa santé, & à se garantir des maladies*, de sorte qu'il n'y tombe pas par sa faute; & *s'il lui en survient quelqu'une, il doit travailler à rétablir sa santé.*

Du droit au manger, au boire, aux remèdes.

§. CXIV. *L'homme a* donc *droit aux choses qui servent à conserver sa vie & sa santé, & à recouvrer celle-ci*; par conséquent, la santé ne pouvant se conserver sans le manger & sans le boire, & ne pouvant pas toujours se rétablir sans remedes, *il a droit à l'usage des choses qui servent au manger & au boire, & de celles qui contribuent au rétablissement de la santé*, ou *des remedes* (§. XLVI.). Au reste puisqu'il a ce droit à cause de sa santé, *il faut rechercher le manger & le boire, pour conserver la santé, & non pour en tirer du plaisir*; par conséquent, *il faut s'abstenir des mets & des breuvages mal-sains, & de la trop grande quantité de ceux-mêmes qui sont sains*; & puisque *l'yvresse* est cet état du corps, où les fonctions du cerveau sont dérangées par le trop de boissons, & dans lequel, par conséquent, *l'homme* est privé premiérement de l'usage de sa raison, & par là de celui de son imagination, & même de ses sens, & enfin de la faculté-même physique, il *est obligé de fuir l'yvresse.*

Du droit aux vêtements.

§. CXV. Il paroît de même qu'*il faut garantir son corps, par des vêtements, contre les injures de l'air* (§. CXIII.); & que *l'homme a droit aux choses qui servent à faire des vêtements nécessaires à cela, & aux actes par lesquels ils se font, ou par lesquels on prépare les choses qui y sont nécessaires* (§. XLVI.), *observant en même temps la bienséance naturelle* (§. LV.).

Du droit de bâtir des maisons.

§. CXVI. Puisqu'il paroît encore par l'expérience, que les hommes ont besoin de maisons, pour qu'ils puissent, à l'abri des injures de l'air, vaquer à leurs travaux, & à leurs affaires, préparer leurs mets, se délasser par le sommeil, conserver & garder les choses dont ils ont besoin, il paroît aussi aisément que *les hommes doivent se bâtir des maisons commodes, &* que *naturellement ils ont droit à toutes les choses nécessaires pour les bâtir, & à tous les actes requis pour cela, observant* encore ici *la bienséance* (§. LV.).

De la beauté naturelle, & artificielle, & de la parure.

§. CXVII. On appelle *beauté naturelle*, celle qui se trouve naturellement dans le corps de l'homme. Elle consiste, comme cela paroît par le fait, dans la *symétrie*, c'est-à-dire, une proportion convenable des parties extérieures entr'elles, &

(*) Nous gardons ici les expressions & les définitions de Mr. WOLF, telles qu'on les trouve dans son architecture civile, quoique, dans le langage vulgaire, le mot de *symetrie* se dise également, & même plutôt, de ce qui est appellé ici Eurythmie ou Harmonie. R. d. T.

§§. CXI-CXVII. (*m*) Ces paragraphes pourront paroître à la premiere lecture assez inutiles, & même en quelque façon pueriles: ils ne le sont pas plus que ne l'est la demande d'Euclide de pouvoir tirer une ligne droite d'un point donné à un autre point donné. Notre Auteur nous expose les principes les plus simples: le développement des conséquences, qui en résultent nous fera voir combien il importe de ne pas passer légérement par dessus les vérités auxquelles on croit ne pas devoir s'arrêter. Je dois encore recommander ici la lecture des Ouvrages de Monsr. FORMEY sur la Morale, comme le meilleur interprete des idées de notre Auteur sur cette matiere.

§. CXVIII. (*n*) Monsieur WOLFF prouve le devoir de se rendre heureux par celui de se perfectionner: dans le petit ouvrage, dont j'ai fait mention au §. CIX. j'ai prouvé le devoir de se perfectionner, par notre pente naturelle à nous rendre heureux: j'ai préféré cet ordre pour une raison que l'Auteur nous en indique ici: savoir que l'appétit de l'homme est déterminé par sa nature à desirer ces choses, dont la jouissance lui

& avec tout le corps; & dans *l'harmonie* †, ou la ressemblance des parties qui sont aux côtés, différentes de celles du milieu, & d'une figure & d'une couleur convenables (*). Mais la beauté *artificielle* est celle que nous procurons à notre corps par notre fait. Puisque ce qui est *beau*, c'est ce qui plaît; & que, par conséquent, la beauté naturelle ne peut aboutir qu'à plaire aux autres, & que la beauté artificielle augmente la naturelle, & supplée à son défaut, *nous devons conserver la beauté naturelle* (§. XLIII.) *& il n'est pas illicite d'employer la beauté artificielle, pour la bienséance* (§. LV.). Par cette raison nous avons droit aux choses, qui contribuent à procurer au corps une beauté artificielle. Ces choses s'appellent *parure; l'homme a* donc *droit à la parure, aux choses qui y servent, aux actes par lesquels on les prépare, & que leur usage requiert.* (*m*)

† *Eurythmia.*

Du bonheur & du malheur.

§. CXVIII. Le *bonheur* est un état de plaisir & de joie, durable, c'est-à-dire, qui ne dégénere point en déplaisir & qui n'en cause point, ou qui n'est *point nuisible;* Et le *malheur* est un état durable de déplaisir de l'ame, & de tristesse. L'appétit de l'homme est déterminé par la nature à rechercher les choses, d'où il tire du plaisir, c'est-à-dire, généralement au bonheur: & son aversion est déterminée à fuir les choses qui causent du déplaisir, c'est-à dire à fuir le malheur. *L'homme doit* donc *avoir soin de se rendre heureux, & de ne pas devenir malheureux* (§. XXXVI.), par conséquent *il a droit aux choses qui contribuent au bonheur* (§. XLVI). Il paroît au reste par la définition-même du bonheur, qu'*il faut discerner le vrai bonheur d'avec l'apparent*, de peur qu'en voulant être heureux, on ne se rende malheureux. Il paroît encore qu'*il faut avoir de l'aversion pour tout déplaisir de l'ame tout petit qu'il soit*, comme contraire au bonheur. (*n*)

Du soin de passer la vie commodément, & agréablement.

§. CXIX. *Nous passons la vie commodément* si nous pouvons faire sans aucun déplaisir les choses, que nous avons à faire, ou si ces choses écartent tout déplaisir de nos actions; & nous la passons *agréablement*, si nous faisons des choses d'où nous tirions un plaisir qui ne soit point nuisible. *L'homme doit* donc *avoir soin de passer sa vie commodément & agréablement* (§. CXVIII.); & par conséquent *il a droit aux choses qui contribuent à la commodité & à l'agrément de la vie* (§. XLVI.). (*o*)

Du plaisir passager.

§ CXX. Un *plaisir passager* est celui qui ne ne dure que peu de temps, pour ne plus revenir, tels que sont les plaisirs sensuels. S'il n'est pas nuisible, il peut contribuer en quelque chose au bonheur de l'homme, s'il est nuisible il contribue à son malheur (§. CXVIII.). Donc *un plaisir passager est permis, s'il n'est pas nuisible; il est illicite, s'il est nuisible* (ibid.). (*)

§. CXXI.

lui donne de la joie, & à se détourner de celles, qui lui causent de la tristesse. Car s'il étoit vrai que la jouissance des biens, pût se trouver en contradiction avec la perfection; s'il étoit possible que la félicité fût la compagne de l'imperfection, il ne serviroit de rien d'enseigner que l'homme doit se rendre parfait, puisque, par sa nature, il seroit toujours déterminé à se porter du côté où sa félicité l'appelleroit.

§. CXIX. (*o*) Par la volupté l'on entend ordinairement les plaisirs, qui naissent par l'usage des sens: tels sont ceux qu'un vin delicieux, qu'une agréable musique, que la vue d'une belle personne excite en nous: mais il y a une volupté de l'ame, celle-ci consiste dans des plaisirs produits par l'usage de nos facultés intellectuelles: la découverte d'une vérité, le souvenir d'avoir fait du bien à un malheureux, l'idée d'avoir rempli son devoir, celle d'une bonne réputation, & toutes les situations de l'ame, dans laquelle elle s'attribue la jouissance de quelque bien causent des plaisirs, qu'on peut nommer intellectuels, & qui constituent une volupté intellectuelle supérieure à celle des sens. Les deux ouvrages de Mr. FORMEY, que j'ai cités, peuvent encore ici servir de Commentaire: & en général, on ne peut rien lire de meilleur en françois, pour se mettre bien au fait des principes, que notre Auteur expose dans ce Chapitre.

(*) On comprend que nuisible signifie ici tout ce

Des choses, & de leur division.

§. CXXI. On donne le nom de *choses* à tout ce qui peut nous être de quelque usage, comme par exemple, pour conserver la vie, & la passer commodément & agréablement, ou pour avancer, de quelque façon que ce soit, la perfection de notre ame & de notre corps, & pour en détourner l'imperfection. On distingue les choses en choses *corporelles*, qui peuvent être apperçues par les sens; & choses *incorporelles*, qui ne sont point apperçues par les sens, mais seulement conçues par l'entendement, telles sont les droits, les habitudes de l'ame; on les distingue aussi en *nécessaires*, c'est-à-dire, requises pour la conservation de la vie & de la santé, & pour perfectionner l'ame; *utiles*, qui contribuent à la commodité de la vie; & *plaisantes*, qui ne servent qu'à l'agrément. De plus, les unes sont des choses *purement naturelles*, que la nature produit d'elle-même; les autres sont *d'industrie*, que la nature ne produit qu'à l'aide du travail de l'homme; & les autres sont *artificielles*, qui sont dues à l'art humain. (*p*)

Quelles choses on doit préférer.

§. CXXII. On comprend aisément que *les choses nécessaires doivent être préférées aux choses utiles, & aux agréables* (§. CXXI.), les premieres étant requises par une obligation principale (§. XXXVI.), & que *les choses utiles* doivent être préférées aux *agréables*, puisque celles-ci ne flattent que les sens (§. CXXI. CXIX.), (*) & qu'on doit même être fort réservé dans l'usage qu'on en fait (§. CXX.).

Du soin de se procurer une abondance suffisante de choses.

§. CXXIII. Les hommes ne pouvant se passer des *choses nécessaires* (§. CXXI.), *si la nature ne les produit pas d'elle-même dans une abondance suffisante pour tous, ils doivent en multiplier la production par leur travail; ou se procurer par l'art celles que la nature ne donne pas.* De là découle l'obligation à la culture des champs, des jardins, des bois, au soin des troupeaux &c. Et même puisque l'usage des *choses utiles & plaisantes* est permis (§. CXIX. CXXI.), *les hommes doivent travailler à s'en procurer une abondance suffisante*, qui doit être determinée par la préférence due aux choses utiles (§. CXXII.). (*q*)

Du travail.

§. CXXIV. Le *travail* étant le soin qu'on se donne pour produire des choses, soit corporelles, soit incorporelles, & pour contribuer à la commodité, à l'agrément, & aux bienséances de la vie; l'*oisiveté* étant au contraire la cessation du travail; & d'un autre côté les hommes étant obligés à produire les choses corporelles (§. CXXIII.), aussi-bien que les choses incorporelles (§. CVIII. CX. CXXI); il s'ensuit que *tout homme doit travailler, & que personne ne doit rester dans l'oisiveté.* Ce-

ce qui nuit à la perfection, & non pas seulement ce qui nuit au corps, ou à la santé. R. d. T.

§. CXXI. (*p*) Notre Auteur nous donne ici une définition de ce qu'il faut entendre dans le droit par *chose*, mot auquel on attribue tant de différentes significations vagues, qu'il n'est pas surprenant, qu'en lisant les Auteurs, qui ont négligé d'en déterminer le sens, on se trouve absorbé par les idées confuses que ce défaut fait naître. Il faut remarquer que la définition de l'Auteur porte sur la *chose*-même, considérée en elle-même. Tout ce qui peut être employé à notre utilité est en stile de droit une *chose*. La définition que l'Auteur donne des *choses corporelles* & *incorporelles* s'accorde assez avec celle du droit romain, quoiqu'elle soit plus générique, plus précise & plus expressive. Les *corporelles* sont celles (dit l'Empereur JUSTINIEN dans ses *Institutes L. II. T. II.*) qui sont sensibles, & qu'on peut toucher, comme un fonds, un esclave, un vêtement, de l'or, de l'argent, & quantité de choses semblables. Les choses *incorporelles* sont celles qui ne se peuvent toucher. Il ne falloit pas accrocher l'*incorporabilité*, si je puis m'exprimer ainsi, à l'acte de toucher: cela rend la définition incomplette, & donne lieu à des embarras, comme on le verra par la suite.

(*) Mr. Wolf paroît supposer ici plus qu'il n'a établi dans les articles auxquels il renvoie; il n'y a point attaché l'idée du plaisir (*voluptas*) aux seuls plaisirs des sens, comme il faudroit le supposer ici, pour que son raisonnement fut exactement juste; il paroît même qu'il prend le mot de

Cependant comme on doit avoir égard à sa santé (§. CXIII.), *il faut éviter un travail trop long*, c'est-à-dire, un travail continué aux dépens de la santé; *& un travail trop violent*, c'est-à-dire, auquel nos forces peuvent à peine suffire. De plus, comme nous sommes obligés à agir droitement (§. LII.), *chacun doit s'acquiter de son travail avec droiture*, par conséquent, *avoir soin que les choses artificielles qu'il produit, aient la perfection dont elles sont susceptibles* (§. XI. XVI.), *& acquérir l'habitude d'user de ses facultés de la façon requise pour bien remplir sa tâche.* Enfin comme il y a tant d'espéces de travaux, qu'il n'y a aucun homme dont les forces puissent suffire à tous, & les hommes devant joindre leurs forces pour se perfectionner eux-mêmes, & perfectionner leur état (§. XLIV.), *chacun doit choisir le genre de travail auquel il sent qu'il peut suffire, & embrasser le genre de vie auquel il est propre;* c'est-à-dire, un état, dans lequel il s'occupe à un travail, qui, pour être bien fait, requiert un usage de ses facultés, qu'il peut acquérir par ses dispositions & ses inclinations naturelles.

De l'estime, de la louange, & de l'honneur.

§. CXXV. L'*estime* est le jugement des autres touchant notre perfection; cette estime, exprimée par des paroles, s'appelle *louange*, témoignée par d'autres actes extérieurs, elle est nommée *bonneur.* Il paroît de là que *la louange & l'honneur ne sont pas en notre pouvoir* (§. LX.), & que *personne ne peut par lui-même louer & honorer un autre, à moins qu'il ne puisse par lui-même porter un jugement vrai touchant la perfection de cet autre.* Comme cependant nous sommes obligés à nous perfectionner nous-mêmes & à perfectionner notre état (§. XLIII.), *nous devons travailler à nous rendre dignes d'estime, &* par conséquent, *de louange & d'honneur.* Et comme la perfection de l'ame consiste à déterminer les habitudes de l'entendement & celles de la volonté d'une façon conforme à la loi naturelle (§. CVI.), habitudes dont les premieres s'appellent *vertus intellectuelles*, & les secondes *vertus morales*, ou simplement *vertus*, il s'ensuit que *l'estime, la louange & l'honneur véritables ne se produisent que par les vertus intellectuelles & morales*, que les faits ou les discours manifestent, & par conséquent *par les biens de l'ame* seulement (§. CIV.), *& non par les biens du corps & de la fortune, sinon autant que leur acquisition dépend de ceux de l'ame*, en sorte qu'ils deviennent ainsi l'occasion de l'estime, de la louange & de l'honneur.

De la réputation.

§. CXXVI. *La réputation* de quelqu'un est le discours commun des hommes sur sa perfection, ou son imperfection, & par conséquent sur les paroles ou les actions

de plaisir dans un sens plus étendu, par exemple, ci-dessous §. CXXIX. Il auroit donc dû, ou resserrer sa maxime, en disant seulement, que les choses utiles doivent être préférées aux choses plaisantes, qui ne flattent que les sens, ou employer un autre principe pour la prouver dans la généralité qu'il lui donne. On le trouveroit peut-être ce principe dans cette vérité, que l'homme est plus sensible à la peine qu'au plaisir; d'où il suit que les choses utiles servant à la commodité, ou à écarter la peine (§. CXIX.) elles doivent être préférées à celles qui donnent seulement du plaisir. R. d. T.

Cette remarque du Traducteur paroît à la premiere lecture assez juste: & j'ai cru devoir la laisser, parce que d'autres pourroient s'y arrêter comme lui. Pour se convaincre que la démonstration de notre Auteur n'a pas le défaut, que le Traducteur a cru y trouver, il faut faire attention que Mr. WOLFF traite ici des différentes façons dont on peut passer sa vie: or il limite l'expression de *passer sa vie* à ce qui concerne le corps: par conséquent il doit aussi limiter ici celle de *volupté* aux plaisirs sensuels. Celle dont il parle dans le §. CXXIX. ne se rapporte pas à la vie de l'homme, mais à l'état de l'ame.

§. CXXIII. (*q*) On voit par ce paragraphe que le luxe n'est pas une chose par elle-même mauvaise ou illicite, & qu'il ne devient tel, que lorsqu'il peche par le motif qui nous y porte; selon la remarque que nous avons faite au §. CIV.

ctions par lesquelles l'une ou l'autre se manifeste. Elle est donc ou *bonne* ou *mauvaise*. L'*homme* devant se perfectionner (§. XLIII.) & agir avec droiture (§. LII.), il *doit travailler à avoir une bonne réputation*, & *méritée*, & *il doit la conserver*, c'est-à-dire, prendre garde soigneusement de ne pas la perdre, & de ne pas faire ensorte que de bonne elle devienne mauvaise; par conséquent *s'il a fait des choses opposées à la bonne réputation; il doit travailler à la recouvrer par des actions contraires.*

De la gloire. §. CXXVII. Les louanges données d'un commun accord par les gens sages & éclairés, ou qui jugent bien, s'appellent *gloire*. Il faut donc appliquer à la gloire, ce que nous avons dit de la louange (§. CXXV.). (*r*)

Qu'il ne faut pas rechercher la louange & l'honneur. §. CXXVIII. Comme la louange & l'honneur ne sont pas en notre pouvoir (§. CXXV.), & que nous agissons pour une fin; *nous ne devons pas nous proposer la louange & l'honneur comme notre fin*, *mais il faut laisser à la liberté des autres de nous louer & de nous honorer* (§. LXXVIII.), par conséquent, *nous ne devons pas exiger la louange & l'honneur*, & par cette raison, *nous ne devons pas nous louer nous-mêmes.* (*s*)

Quel doit être le jugement qu'on porte sur soi, & sur son état. §. CXXIX. *L'homme* devant se connoître lui-même par rapport à son ame, à son corps & à son état (§. CV.), *le jugement qu'il porte sur les biens de l'ame, du corps, & de la fortune doit être vrai; il ne doit pas attribuer à ses soins & à son travail, ce qu'il tient de la nature, de la fortune, ou des autres, & il n'est pas moins obligé de reconnoître son imperfection que sa perfection*, puisque autrement il ne peut satisfaire à son obligation (§. XLIII.). Au reste comme par la nature même de l'homme, il résulte un plaisir du sentiment de la perfection, *le plaisir qu'il prend dans sa perfection, & dans celle de son état, n'est point illicite* (§. XLIX. XXXVII.).

Du devoir de l'homme par rapport à la fortune. §. CXXX. La *fortune* est un concours imprévu des causes à un effet bon ou mauvais par rapport à nous, elle s'appelle donc *favorable*, ou *contraire*, *prospérité*, ou *adversité*. Comme elle n'est point en notre pouvoir (§. LX.), & que nous éprouvons qu'elle est très-variable, *nous ne devons pas avoir trop de confiance dans la prospérité, ni désespérer dans l'adversité; & nous sommes obligés à supporter l'une & l'autre avec égalité d'ame*, pour ne pas nous rendre malheureux par notre faute (§. CXVIII. XVII.). C'est pourquoi, afin que l'adversité ne trouble pas notre ame, en survenant contre notre attente, *nous devons nous représenter comme possibles*, &

§. CXXVII. (*r*) Si l'on examine à cette définition la gloire de ces hommes, qui ont employé leur vie à dépeupler la terre, à dévaster les Royaumes, à faire couler des fleuves de sang; qui se font plus au carnage, au meurtre, & à toutes ces horreurs, qui sont les suites de la vertu guerriere, quelle sera cette gloire? A quoi aboutiront ces louanges prodiguées par des Adulateurs, & que les Sages font changer dans un mépris, lorsque le tems a fait passer l'éclat trompeur de ces faits glorieux, qui font donner à l'un le titre de grand, & qui menent un autre à une mort cruelle & ignominieuse?

§. CXXVIII. (*s*) La remarque, que notre Auteur fait ici, prouve que Mr. de MONTESQUIEU s'est trompé, en attribuant à l'honneur le caractere de principe; & qu'il n'a pas assez approfondi les matieres, lorsqu'il a prétendu que l'honneur pouvoit servir de principe universel à une Monarchie, & en être pour ainsi dire le ressort, qui devroit donner le mouvement à tous ses membres. L'honneur n'est pas une chose qui soit à notre disposition: il est l'effet de nos actions sur l'esprit de ceux qui nous voient agir. Si ceux-ci voient que nous faisons une bonne action, par un motif d'honneur, nous diminuons, en agissant par ce motif, l'honneur qui nous en reviendroit, là où on l'augmente à mesure que l'on s'apperçoit que les motifs, qui nous font agir, sont purs & droits. Tel, qui à travers des flammes, se précipite dans le feu pour arracher un enfant, qui va être consumé par l'incendie, uniquement par compassion, pour sauver ce pauvre misérable, montre un caractere qui lui fait honneur, qui le rend estimable, qui doit attirer à son action les plus grands éloges: s'il l'eût fait pour qu'on parlât de sa témérité, de sa hardiesse, de son courage si l'on veut, cette action perdroit presque tout son prix, &

& inévitables les maux qui ne sont point en notre pouvoir, c'est ce qu'on appelle *être préparé aux événements.*

§. CXXXI. Comme l'obligation naturelle est tellement nécessaire (§. XXXVIII.), que personne ne peut en être dispensé (§. XLII.); *personne ne doit, par la crainte de quelque mal, être détourné de faire ce qui est conforme à la loi naturelle, ni se laisser engager à faire ce qui y est contraire.* Mais comme nous devons d'un autre côté écarter tout danger de nous & de notre état (§. XLIII.); *personne* aussi *ne doit, sans une obligation pressante, s'exposer à aucun danger*, comme de la vie, ou de perdre quelque membre, ou de rendre son état plus imparfait. La regle sur le choix qu'il faut faire dans le conflict des devoirs (§. LXIV.), enseigne quel parti l'on doit prendre dans les cas particuliers. *Du soin d'éviter le danger.*

§. CXXXII. L'*amour-propre* est la disposition de l'ame à prendre du plaisir dans son propre bonheur. *La dilection de soi-même* est une volonté constante & perpétuelle de donner tous nos soins à ce que nous soyons heureux, & par conséquent à éviter de devenir malheureux (*). Comme donc *l'homme* doit avoir soin de se rendre heureux, & de ne pas devenir malheureux (§. CXVIII.); il *doit avoir de la dilection pour soi-même.* Et comme l'appétit est généralement déterminé vers le bonheur, l'ame est aussi naturellement disposée à prendre du plaisir dans son propre bonheur (ibid.); par conséquent *l'amour-propre n'est pas illicite* (§. XLIX. XXXVII.); cependant il faut que la raison le dirige, pour qu'on ne confonde pas le bonheur apparent avec le vrai (§. XLIII. CXVIII.), qu'on ne prenne pas du plaisir dans un bonheur chimérique. (*t*) *De l'amour-propre, & de la dilection de soi-même.*

& seroit même dans un certain sens blamable. Si c'est par un motif d'intérêt pour une nation opprimée, que Guillaume I. a sacrifié tout ce qu'il avoit de plus cher, afin de résister à la Tyrannie de Philippe, on ne peut assez admirer sa grandeur d'ame, ni trop respecter sa mémoire; mais s'il n'a eu d'autre motif que celui de se mettre à la place du Tyran proscrit, tous ses sacrifices n'ont presque plus de mérite: ce n'est plus le même homme. Qu'est-ce qu'un *Cromwel* vis-à-vis d'un *Paoli*? Voyez PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens L.* II. *Ch.* IV. §. 9.

(*) Mr. WOLF, voulant distinguer deux choses que l'on confond ordinairement, a été obligé de prendre deux noms différents, dont il détermine le sens par ses définitions; & nous sommes obligés d'en faire autant pour rendre son idée. L'*amour-propre* marque ici une disposition naturelle de l'ame, qui consiste dans un appétit sensitif & qui ne peut s'acquérir. La *dilection de soi-même* est une vertu qui s'acquiert, qui peut être prescrite, & à laquelle on manque quand on confond le vrai bien avec le bien apparent. R. d. T.

§. CXXXII. (*t*) C'est donc à tort qu'on déclame contre l'amour-propre: l'amour-propre ou plutôt la *dilection de soi-même*, ainsi que notre Auteur s'exprime, conduit même à l'amour du prochain; parce qu'il est naturel que nous ne soyons pas aimés de ceux que nous n'aimons pas. Nous ne devons pas attendre des bienfaits de ceux auxquels nous ne sommes pas disposés de rendre service. Vérités simples, qu'on peut mettre à la portée de l'esprit des Enfants, & qu'on feroit bien mieux de leur représenter souvent, plutôt que de charger leur mémoire de leçons & de dogmes, que des esprits formés & cultivés sont à peine en état de saisir.



CHAPITRE V.

Des devoirs de l'homme envers les autres, & des droits qui y sont attachés. (†)

Que les devoirs envers soi-même & envers les autres sont les mêmes. §. CXXXIII. Puisque non seulement l'homme doit se perfectionner lui-même, & perfectionner son état, & se garantir de l'imperfection (§. XLIII.), mais qu'il doit encore, autant qu'il le peut, sans manquer à son obligation envers lui-même, contribuer à la perfection des autres & de leur état, lorsqu'ils ont besoin de son secours, & s'abstenir de ce qui rendroit plus imparfaits eux ou leur état (§. XLIV.), il s'ensuit que *chaque homme doit à tout autre, les choses qu'il se doit à lui-même, autant que l'autre n'a pas ces choses en son pouvoir, & que lui-même peut les faire pour cet autre, sans négliger son devoir envers soi-même*; par conséquent, *les devoirs de l'homme envers les autres sont les mêmes que ses devoirs envers lui-même* (§. LVII.). Ainsi ceux-ci doivent s'appliquer aux autres. (*u*)

Qu'il faut aider les autres à acquérir des biens, & se garder de l'envie. §. CXXXIV. *Chaque homme doit* donc, *autant qu'il est en son pouvoir, aider tout autre, qui a besoin de son secours, à acquérir les biens de l'ame, du corps & de la fortune* (§. CIV.), & par conséquent, *prendre garde que les autres ne tombent dans les maux de l'ame, du corps & de la fortune* (§. LI.). Et comme la loi naturelle ne restreint pas le secours à certains biens; *nous ne devons pas refuser notre secours aux autres, pour qu'ils acquierent des biens plus grands que ceux dont nous jouïssons nous-mêmes*; ce qui ne pouvant se faire si nous envions à un autre ses biens; *il ne faut envier à personne même un bien dont nous manquons.* L'envie est opposée à la nature-même de l'homme (§. XXXIX. XLIV.).

Si l'obligation naturelle est détruite par les actions des autres qui y sont contraires. §. CXXXV. Puisque l'obligation naturelle est absolument immuable (§. XXXVIII.); *si un autre ne satisfait pas à l'obligation naturelle, il ne vous est pas permis pour cela de n'y pas satisfaire*; par conséquent *il n'est pas permis de s'authoriser par l'exemple des autres à transgresser la loi naturelle, & nos devoirs envers les autres ne cessent pas, parce qu'ils*

CHAP. V. On a vu comment notre Auteur, après avoir montré les différences des actions humaines, & la maniere dont elles leur sont imputées, après nous avoir donné des idées exactes de ce que l'on nomme Droit, Obligation, Loi, & du principe du Droit naturel, & après nous avoir exposé en quoi consiste le droit universel & l'obligation universelle des hommes en général, a démontré dans le chapitre précédent les devoirs, que l'homme se doit à lui-même, par celui de se perfectionner. C'est de ce même devoir, qui dans le systême de notre Auteur fait le fonds & le principe de tous ceux que l'homme se doit à lui-même, dont il va déduire maintenant ceux que l'homme doit aux autres, ainsi que les droits qui y sont attachés.

§. CXXXIII. (*u*) La vérité, dont notre Auteur donne une démonstration dans ce paragraphe-ci, se fait sentir aussi, par ce que nous avons dit dans la remarque au paragraphe précédent. Au reste c'est de cette vérité que resulte le précepte qu'il ne faut pas faire à autrui ce qu'on ne voudroit pas que l'on nous fit, dont nous avons parlé dans la note aux §§ LXIX. & LXX.

§ CXXXV. (*x*) Pour bien entendre ce paragraphe, il faut se rappeller que l'Auteur entend par lésion toute violation du droit parfait d'un autre: il enseigne donc ici que l'exemple des autres ne peut nous autoriser à transgresser la loi naturelle, ni nous dégager de l'obligation de remplir nos devoirs envers celui qui est en défaut à notre égard; ni même nous dispenser de remplir les devoirs imparfaits envers ceux, qui nous manquent dans des droits parfaits. Mais, sauf le respect que j'ai pour la pénétration de notre Auteur, il me semble que ses conséquences vont au-delà de ses principes. S'il est vrai, & je l'accorde volontiers, que les mauvais exemples ne m'autorisent pas à les suivre: j'accorde encore que le tort, qu'on me fait en manquant à satisfaire à

qu'ils manquent aux leurs envers nous; cela devant s'entendre aussi des choses que la loi naturelle défend, il s'ensuit que *nous devons encore les devoirs d'humanité à ceux qui nous lesent* (§. LXXXVIII.). (*x*)

De l'amour & de la dilection pour les autres.

§. CXXXVI. Les devoirs de l'homme envers les autres, étant les mêmes que ses devoirs envers lui-même (§. CXXXIII.); *chacun doit avoir une volonté constante & perpétuelle d'avancer la perfection & le bonheur de tout autre homme* (§. XLIII. CXXVIII.); par conséquent, la *dilection d'autrui* consistant dans cette volonté, & *l'amour* dans la disposition de l'ame à prendre du plaisir au bonheur d'un autre (§. CXXXII.), *chacun doit avoir de la dilection & de l'amour pour autrui, comme pour soi-même* (ibid.), *& ne point le haïr* (§ LI.).

Ami, ennemi, amour des ennemis.

§. CXXXVII. Celui qui nous aime s'appelle un *ami*; celui qui nous hait, un *ennemi*. *Nous devons* donc *être amis de tous, & n'être ennemis de personne* (§. CXXXVI.); & puisque nos devoirs envers les autres ne cessent pas, parce qu'ils manquent aux leurs envers nous ((§. CXXXV.), *nous devons aimer même nos ennemis comme nous-mêmes* (§. CXXXVI.), *& ne point les haïr.*

Du soin de se faire aimer.

§. CXXXVIII. Puisque les hommes doivent être amis les uns des autres (§. CXXXVII.), *chacun doit travailler à ne pas se rendre les autres ennemis, mais à acquérir & conserver leur amitié.* Cependant, personne ne pouvant être dispensé d'une obligation naturelle (§. XLII.), *il ne faut rien faire par amitié, qui soit contraire à la loi naturelle.*

De l'exemple qu'il faut donner aux autres.

§. CXXXIX. La perfection de l'ame consiste dans les *vertus intellectuelles & morales* (§. CVI. CXXV.); *nous devons* donc *être soigneux de les étendre, & nous devons, par notre exemple, les enseigner aux autres, & les leur faire aimer* (§. CXXVI.); par conséquent nous devons *leur donner de bons exemples*, c'est-à-dire, des exemples qui enseignent ces vertus, & excitent à les aimer, *& ne leur en point donner de mauvais*, c'est-à-dire, des exemples, par lesquels on leur enseigne le vice, & on les y excite (§. LI.); *il ne faut engager personne dans le vice* (ibid.). (*y*)

Qu'il ne faut pas empêcher la perfection d'autrui.

§. CXL. Puisque nous devons omettre les actions par lesquelles un autre, ou son état est rendu plus imparfait, & contribuer à la perfection d'autrui, autant que nous le pouvons (§. XLIV.,) il s'ensuit que *personne ne doit empêcher qu'un autre n'acquiere* quel-

à ce que l'on me doit, soit de droit parfait, soit de droit imparfait, ne doit pas, considéré en lui-même, m'empêcher d'accomplir même les devoirs d'humanité envers ceux qui me font tort; cependant une autre considération doit me retenir: le devoir de travailler à la perfection de celui qui me fait tort; le devoir de concourir à la perfection des autres, & le devoir général de coöpérer à la perfection & au bien-être de la Société humaine. L'utilité publique ne souffre pas que les Justes & les Injustes soient traités de la même maniere, & que les Injustes obtiennent tout ce que l'on ne peut refuser aux Justes: ce seroit prêter un aiguillon au vice; encourager les méchants. Il faut les réprimer; & parce qu'il faut les réprimer, il ne faut pas accomplir à leur égard ce qu'ils ne font pas scrupule de refuser aux autres, comme un moyen, non de vengeance, mais pour les ramener si cela se peut, du moins pour servir d'exemple à ceux, qui seroient tentés de suivre leurs pas. Ce n'est pas qu'il faille refuser le secours à un homme prêt à se noyer, parce qu'il vous aura refusé le paiement d'une dette, la proportion manque: je ne combats l'énoncé de notre Auteur, qu'autant que je le trouve trop général. Nous en verrons l'usage dans la suite.

§. CXXXIX. (*y*) Les devoirs que l'Auteur établit ici ne répugnent-ils pas à ceux, qu'ils nous a indiqués dans le §. CXXXV. ou du moins pourrons-nous satisfaire à ceux-ci, si nous devons remplir les devoirs d'humanité envers les méchants tout comme à l'égard des bons & vertueux? Limitons donc ce que l'Auteur a posé dans le §. CXXXV. par ce qu'il enseigne dans celui-ci; & disons que le tort qu'un autre nous fait, en manquant, soit à un devoir parfait, soit à un devoir imparfait, ne nous dispense de remplir à son égard les devoirs parfaits & imparfaits, qu'autant que nous sommes obligés d'inciter les autres à la vertu, & de les détourner du vice par notre exemple.

quelque perfection, ni empêcher un tiers de l'aider en cela. Cela doit s'entendre de quelque bien que ce soit de l'ame, du corps, & de la fortune (§. CXXXIV.). Il paroît aussi, que *personne ne doit empêcher qu'on n'écarte d'un autre les maux de l'ame, du corps & de la fortune, ou qu'on l'en délivre; beaucoup moins doit-on le priver de quelque bien, ou par soi-même, ou par les autres* (ibid.).

Du soin du corps des autres. §. CXLI. Puisque les devoirs de l'homme envers les autres, sont les mêmes que ses devoirs envers lui-même (§. CXXXIII.); *personne ne doit, de quelque maniere que ce soit, nuire à l'intégrité des membres d'un autre, ni le priver de quelque membre, ou seulement de son usage, ni nuire en aucune maniere à sa santé, mais chacun doit autant qu'il le peut conserver la vie & le corps d'autrui, & avoir soin de son rétablissement s'il est malade* (§. CXII. CXIII.); par conséquent *personne ne doit priver un autre de la vie, ou le tuer* (§. LI.), de sorte que *l'homicide commis soit par dol, soit par faute* (§. XVII.), *est naturellement illicite* (§. XLIX.). Et puisque personne n'a le droit de se priver soi-même de la vie (§. CXII.), *il n'est pas permis* non plus *de tuer quelqu'un qui veut qu'on le tue.*

§. CXLII.

§. CXLII. (z) Notre Auteur donne ici au mot de *calomnier* un sens beaucoup plus étendu, qu'il ne l'a dans le Droit Romain. *Calomnier* signifie dans le Droit Romain attaquer quelqu'un en justice pour un crime qu'il n'a pas commis; & les Jurisconsultes Romains ont étendu le sens de ce mot à tout litigeant, qui attaque quelqu'un en justice de mauvaise foi; & même à ceux qui, de mauvaise foi, donnent de fausses interprétations au Droit Civil. Voyez BRISSONIUS *de Verb. signif. voc. Calumniari & Calumniator.*

§. CXLIII. (a) La matiere de l'injure, si simple en elle-même, est une de celles qui sont le moins bien exposées dans le Droit Romain, & l'usage de ce Droit dans les Tribunaux, où ce Droit l'emporte sur les regles de l'équité & du bon sens, y a si fort confondu les idées sur cet objet, qu'il doit absolument donner lieu à des sentences également ridicules & absurdes. Voyons si nous pouvons y répandre quelque jour.

L'injure dans le sens étroit que ce mot emporte en françois, comme nous l'avons remarqué au §. LXXXVII., & suivant la définition que notre Auteur en donne ici, est une lésion faite à l'honneur ou à la réputation, & conséquemment un dommage. Cette définition est assez conforme à l'idée que les Jurisconsultes Romains semblent en avoir eue, si l'on fait attention aux différentes descriptions qu'ils ont données de l'injure, & aux différents cas, dans lesquels ils ont conclu qu'il y avoit injure. Ils l'ont nommée, par ex. *contumelia, contra bonos mores alicui illata, l. 11. ff. de inj.* expression assez propre pour désigner en gros ce qu'il faut entendre par injure; mais d'ailleurs vague, indéterminée, & ne fixant rien, parce que nous ne voyons nulle part ce que nous devons entendre par *contumelia* & par *bonos mores*; il en est ainsi de tous les autres endroits du Droit Romain. Tout nous prouve que, quoique les Jurisconsultes Romains aient eu une idée assez juste de l'injure, ils ne l'ont cependant pas eue assez nette & distincte pour l'indiquer avec précision. L'examen que nous allons faire le demontrera évidemment.

Au rapport d'ULPIEN, *Labeo* dit *l. 1. ff. de inj. §. 1.* que l'injure peut nous être causée soit de fait soit de parole; & à cela il n'y a point de doute, parce que nous pouvons exprimer notre volonté par gestes & par paroles. Mais est-ce là ce dont il s'agit? Nous demandons quel est le caractere qui distingue le dommage que l'on nomme *injure* de tout autre dommage? car l'injure, suivant l'expression de tous les caracteres qu'on lui donne, est un dommage; là où il n'y a point de dommage, il ne peut y avoir d'injure. Faut-il que le dommage, pour être injure, soit commis contre notre corps, notre dignité, ou notre honneur, comme s'exprime ULPIEN §. 2. *eod.* soit: mais en quoi doit consister l'acte, par lequel l'injure sera commise? Où en chercherons-nous le caractere distinctif dans le Droit Romain? Sera-ce là où ULPIEN nous dit: *In corpus fit cum quis pulsatur. Ad dignitatem, cum comes matronæ abducitur, ad infamiam, cum pudicitia adtentatur*? Voilà trois cas particuliers, & ces trois cas serviront-ils de regle générale, à laquelle nous reconnoîtrons si l'on nous fait une injure? nous guideront-ils dans l'examen de ceux qui pourroient y être relatifs. Avouons qu'il n'y a gueres de logique dans cette marche? ULPIEN ajoute que celui qui fait une injure peut le commettre soit par lui-même soit par un autre; il tâche d'éclaircir ses idées par des exemples, mais je ne vois pas qu'elles en deviennent plus lumineuses. Je demande toujours & je ne cesserai de demander, quel est le caractere qui distingue l'injure de tout autre dommage?

La Loi *Cornelia de injuriis* ajoute à *pulsare, verberare, & domum vi introire*: voilà deux nouveaux caracteres de l'injure, ou, pour parler plus exacte-

§. CXLII. Par la même raison *nous devons travailler à ce que les autres jouïssent de la bonne réputation qu'ils méritent* (§. CXXVI. CXXXIII.). Puis donc que la bonne réputation est le discours ordinaire des hommes sur la perfection, & par conséquent, sur les faits & non-faits des autres (§. CXXVI.), *nous devons non-seulement estimer chacun autant qu'il le mérite, mais aussi lui accorder l'honneur & la louange dont il est digne* (§. CXXV.), par conséquent, *nous ne devons pas diminuer l'estime qu'on a pour lui, nuire à son honneur, ou nous opposer aux louanges qu'on lui donne* (§. LI.), *beaucoup moins* devons-nous répandre des faussetés dans cette vue, c'est-à-dire, *calomnier les autres*. (z) *Du soin de la réputation d'autrui.*

§. CXLIII. La *lesion* de l'honneur & de la réputation d'un autre; ou le tort qu'on lui fait dans l'un ou dans l'autre de quelque maniere que ce soit, s'appelle *injure*, *proprement dite*: *réelle*, si elle consiste dans un fait, *verbale*, si elle consiste dans des paroles. *Personne ne doit* donc *injurier un autre* (§. CXLII.). (a) *De l'injure proprement ainsi nommée.*

§. CXLIV. De là naît *le droit de ne pas souffrir qu'un autre nous injurie* (§. LXXXIX.), *droit que nous tenons* donc *de la nature*; d'où l'on conclut de la même maniere que ci-dessus *Du droit que nous avons contre ceux qui nous injurient.*

ctement, deux nouveaux moyens de la commettre; & ULPIEN nous apprend la raison pourquoi on a ajouté le *verberare* à *pulsare*; c'est que suivant OFILIUS, *battre* cause de la douleur, & *pousser* se fait sans en causer. La mine de frapper est encore prise pour une injure réelle, selon le Jurisconsulte LABEO: celui qui vous appelle en Justice pour vous vexer, commet aussi une injure *l.* 13. *ff. de inj.* ainsi que celui qui vous empêche de vous servir de vos effets, du chemin public, qui vous empêche de prendre du poisson devant sa porte. Toutes ces choses sont des échantillons d'une injure réelle: mais comme ces différents actes n'expriment pas le caractere distinctif de l'injure, & qu'ils marquent uniquement différentes voies de la faire ou de la commettre; nous sommes toujours dans le cas de demander, en quoi distinguerons-nous l'injure de tout autre dommage?

Avec tout cela on se tromperoit, si l'on s'imaginoit que les Jurisconsultes Romains n'ont point été dans la bonne route. Si vous leur demandez à quoi ils reconnoissent l'injure? ils répondront: à l'acte de mépris. Pour que le dommage soit une injure, il faut, diront-ils, que, ce qui se fait, se fasse pour jetter du mépris sur quelqu'un. *Specialiter autem injuria dicitur contumelia & contumelia a contemnendo*, à ce que nous apprend ULPIEN *l.* 1. *ff. de inj. & fam. lib.* On voit d'ailleurs par l'explication qu'ULPIEN donne de l'injure, faite à quelqu'un dans la personne d'autrui, que dans la matiere de l'injure il est question de notre honneur & de notre réputation. *Spectat enim ad existimationem nostram si qua ei fit injuria*; & cela paroît encore à ce que ce Jurisconsulte dit ensuite. Voilà donc les Jurisconsultes Romains d'accord avec notre Auteur: si l'on balançoit à le croire, qu'on écoute ULPIEN: la seconde maniere de faire injure est suivant ce Jurisconsulte *l.* 5. *ff. de inj.* §. 9. *Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret.* Le Préteur assûre son jugement à celui, contre lequel on aura jetté des cris que les bonnes mœurs ne permettent pas. *Qui adversus bonos mores convicium cui fecisse, cujusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret: in eum judicium dabo. l.* 15. *ff.* §. 2. *de inj.* & à ce qui paroît par le §. 5. il faut que le cri jetté contre quelqu'un tende à son deshonneur, à son mépris. Quoique ces passages paroissent assez décisifs pour faire voir, que le caractere propre de l'injure est, que le dommage soit une lésion à notre honneur, à notre réputation, cependant nous devons rappeller ici la remarque que nous avons faite ci-dessus, savoir que l'*adversus bonos mores* est une expression qui rend la détermination de l'injure extrêmement vague & incertaine. On me renverra peut-être au §. 6. *eod.* dans lequel le Jurisconsulte LABEO semble nous donner une interprétation ou une explication de ce qu'il faut entendre, par une action qui répugne aux bonnes mœurs, en ces paroles: *Adversus bonos mores sic accipiendum, non ejus qui fecit; sed generaliter accipiendum adversus bonos mores hujus civitatis.* Mais je n'y trouve pas l'éclaircissement que je cherche. Je répete ma demande, que doit-on entendre par l'*adversus bonos mores*; que signifient proprement ces mots? Je n'en trouve nulle part une explication, quoique nous trouvions des exemples de ce qui est réputé être contre les bonnes mœurs: tel est le *blandi oratione alterius pudicitiam adtentare*; §. 20. & *verbis turpibus uti*, §. 21. Ces exemples, comme l'on voit, nous laissent toujours indécis, parce que nous n'y trouvons aucune regle sûre à laquelle nous puissions juger qu'un discours contre les bonnes mœurs (supposé que ce caractere fût aussi évident qu'il l'est peu)

deſſus (§. XC. XCII. XCIII.), que *nous avons le droit de défendre notre réputation, & de punir celui qui nous injurie;* que, par conſéquent, *il eſt permis de faire les actes ſans*

peu) doive être mis au nombre des injures. Faut-il que je m'en tienne à ce qu'ULPIEN dit dans le §. 11. de la *l.* 15. *de inj. Ex his apparet non omne maledictum convicium eſſe: ſed id ſolum quod vociferatione dictum eſt;* & que je conclue de là, qu'on ne fait pas une injure, dès qu'on ne profere pas les paroles obſcenes par clameurs? Soit: mais que ferons-nous donc du §. 12. où l'on nous apprend: *Sive unus, ſive plures dixerint, quod in cœtu dictum eſt, convicium eſt: quod autem non in cœtu, nec vociferatione dicitur, convicium non proprie dicitur, ſed infamandi cauſa dictum?* Car ſi le caractere eſſentiel de l'injure verbale eſt, qu'il faut un *convicium*, & ſi le *convicium* exige eſſentiellement une clameur, le *dictum infamandi cauſa* ne fera donc pas une injure, ou bien ſi c'eſt une injure, le *convicium* ne fait pas un caractere diſtinctif de l'injure.

Tout cela, ce me ſemble, eſt bien mal-fagotté, s'il m'eſt permis de m'expliquer ainſi, ſans bleſſer le reſpect dû aux maximes & aux ſentences du Droit Romain; & cependant on apperçoit à travers toutes ces obſcurités des étincelles de lumiere. Le Droit Romain met au nombre des injures l'*appellare*, parce que cette action, bienqu'elle ne ſoit pas un *convicium*, eſt contre les bonnes mœurs: c'eſt même une injure de tenir des diſcours obſcenes en préſence d'une honnête perſonne. Ce ne ſont donc pas ſimplement les clameurs, mais des propos ſans clameurs, qui devront être réputés des injures, s'ils ſont contre les bonnes mœurs, parce qu'ils ſont conſidérés comme bleſſant l'honneur de ceux qui en ſont le ſujet: *infamandi cauſa dictum.* Tout revient donc encore à la définition de notre Auteur; & nous trouvons cette définition exprimée aſſez énergiquement dans le §. 25. dans lequel nous liſons: *Ne quid infamandi cauſa fiat: ſi quis adverſus ea fecerit, prout quæque res erit animadvertam.* Voilà donc décidé que le Préteur uſera de ſon autorité contre tout acte, par lequel l'honneur de quelqu'un ſera attaqué: il lui donnera l'action d'injure. Cependant, tout déciſif que cela puiſſe paroître, nous verrons, ſi nous y regardons de bien près, que nous ſommes encore bien éloignés de la lumiere que nous cherchons. Suivant la remarque du Juriſconſulte LABEO, & ce qu'ULPIEN y ajoute, l'expreſſion d'*infamandi cauſa* n'eſt pas générale, ou ne doit pas être priſe dans un ſens, que les Logiciens nomment *univerſel.* On nous donne dans le §. 27. quelques exemples de cet *infamandi cauſa*, & ces exemples, bien loin de nous aider, nous ſont rentrer dans le Labyrinthe, dont nous croyions être ſortis.

Que conclurons-nous de tout cela? Que nous n'entendons pas les Juriſconſultes Romains? ou que les Juriſconſultes Romains n'ont eu que des idées peu juſtes de cette matiere. J'aime mieux en conclure que les Romains ont eu des idées très-juſtes; & que ce n'eſt que faute d'avoir donné de bonnes définitions, & d'avoir manqué de méthode, qu'ils ont rendu leur doctrine ſi incertaine, & par-là ſi ſujette à être éludée dans la pratique. Pour nous en convaincre, examinons leurs déciſions à la définition de notre Auteur; nous les y trouverons plus conformes, qu'on ne l'eût ſoupçonné: preuve qu'ils ont ſaiſi la vérité, & qu'il leur a manqué ſeulement le talent de la bien expoſer.

Toute léſion (dit notre Auteur) faite à notre honneur & à notre réputation eſt une *injure.* Il entend ici par honneur & par réputation la bonne opinion des autres, qui ſe manifeſte ſoit par des actions, ſoit par des paroles: ainſi l'injure ſera proprement un dommage porté à la bonne opinion, qu'on a ou qu'on peut avoir de quelqu'un; & il faudra mettre au nombre des injures tout acte, qui tend à diminuer la bonne opinion qu'on a ou qu'on peut avoir de quelqu'un. Ce dommage ainſi défini eſt diſtingué par-là de tout autre dommage, cauſé à notre perſonne, à nos biens, ou à ce qui d'ailleurs peut nous intéreſſer: & il peut nous être cauſé ſoit de fait, ſoit par paroles. Ceci poſé, voyons ſi l'on ne découvre pas dans les déciſions des Juriſconſultes Romains, les mêmes idées que notre Auteur exprime dans ſa définition.

Le Droit Romain eſt d'accord avec elles en ce que l'injure peut être commiſe par le fait & par paroles *l.* 1. *ff.* §. 1 *de inj. & fam. lib.* Ainſi point de difficulté à cet égard. Il s'agit donc uniquement d'examiner, ſi dans le Droit Romain nous trouvons que l'injure eſt affectée aux actes, par leſquels on diminue l'honneur & la réputation de quelqu'un?

Un furieux ne peut vous faire une injure. Pourquoi? parce qu'un Furieux incapable de dol (ajoutons *& de prudence*) ne peut porter atteinte à votre honneur & à votre réputation. *l.* 3. *eod.* Celui qui plaiſante & badine ne porte aucune léſion à votre honneur: il ne vous fait donc pas une injure *l.* 3. §. 3. *eod.*; mais celui qui compoſe des libelles pour vous diffamer, attaque votre honneur & votre réputation, ainſi que tous ceux qui concourent à cette action: il commettent donc une injure *l.* 5. §. 9. *eod. l.* 11. *princ. eod.* §. 5. 6. C'eſt parce qu'on attaque votre honneur & votre réputation que le Préteur dit: *Qui adverſus bonos mores convicium cui feciſſe, cujuſve opera factum eſſe dicetur, quo adverſus bonos mores convicium fieret, in eum judi-*

sans lesquels nous ne pouvons défendre notre réputation, & remplir le but de la punition, qui est de corriger la disposition de celui qui nous injurie, & d'inspirer de la crainte

judicium dabo. l. 15. §. 2. *eod.* & c'est parce qu'on peut aussi bien attaquer votre honneur & votre réputation en votre absence qu'en votre présence, ainsi que le Jurisconsulte *Labeo* le remarque, qu'il est dit au §. 7, *eod. Proinde si quis ad domum tuam venerit te absente, convicium factum esse dicitur.* Le *convicium facere* est donc une injure, parce que cet acte porte atteinte à notre honneur & à notre réputation; d'où l'on voit que cet acte n'est qu'une espece d'injure, & qu'on se tromperoit fort, si l'on s'imaginoit que toute injure exige cet acte & ne peut être commise sans lui. C'est encore parce que tout ce qui tend à me diffamer, attaque mon honneur & ma réputation, que le Préteur dit: *Ne quid infamandi causa fiat: si quis adversus ea fecerit, prout quæque res erit, animadvertam. l.* 15. §. 25.; & que c'est parce qu'on attaque l'honneur d'un juge lorsqu'on met sa sentence à prix, que cette action est mise au nombre des injures *l.* 15. §. 30. Celui qui met en vente un gage, & l'annonce comme s'il m'appartenoit, & cela pour me diffamer, blesse mon honneur & ma réputation, & commet par-là une injure §. 32. *eod.*; de même que celui, qui pour affronter quelqu'un l'appelle en justice comme son débiteur, tandis qu'il n'a aucune pretension à sa charge.

Tous ces cas, comme l'on voit, sont mis au rang des injures, parce que l'honneur & la réputation se trouvent lésés par les faits qui y sont énoncés. Mais comme il y a une infinité de manieres & de différentes actions, par lesquelles on peut blesser l'honneur & la réputation de quelqu'un, soit de paroles soit de fait, il est visible, que quelque grande que fût la liste des cas, dans lesquels on auroit commis de ces actions, elle ne suffiroit pas encore pour nous guider avec sûreté; & qu'il faut toujours en revenir à la notion générale, que l'Auteur a exprimée dans sa définition, & qui est la base, sur laquelle les décisions du Droit Romain sont fondées. ULPIEN remarque dans la *l.* 15. §. 26. *ff. de inj. & fam. lib.* que le Préteur, après avoir désigné en général l'injure, indique différentes especes de la commettre, parce que, dit-il, on néglige souvent ce qui n'a pas été spécifiquement énoncé. *Generaliter vetuit Prætor* (dit-il §. 27. *eod.*) *quid ad infamiam alicujus fieri. Proinde, quodcunque quis fecerit vel dixerit, ut alium infamet, erit actio injuriarum.* Et cette regle générale pourroit être utile, s'il étoit déterminé, ce que nous devons entendre par *infamare.* ULPIEN veut nous l'expliquer ou indiquer par des exemples *Hæc autem* (dit-il) *fere sunt quæ ad infamiam alicujus fiunt. utputa ad invidiam alicujus veste lugubri utitur, aut squallida, aut si barbam demittat, vel capillos submittat, aut si carmen conscribat, vel proponat, vel cantet aliquod quod pudorem lædat.* C'est comme l'on voit toujours la même idée; & il est manifeste que chez les Jurisconsultes Romains le caractère propre de l'injure est précisement celui, qui se trouve dans la définition de notre Auteur; savoir que les actions, pour pouvoir être mises au nombre des injures, doivent blesser l'honneur ou la réputation du prochain. *l* 3. *C. de inj.*

Avec tout cela cependant le Droit Romain ne paroît pas se borner aux faits, par lesquels la réputation & l'honneur de quelqu'un se trouvent lésés. pour donner l'action d'injure. Ils semblent l'avoir étendue à tout acte de violence, quoiqu'à le considerer de près ils aient distingué les actes de violence, qui étoient accompagnés de vol, ou de quelque autre fait caractérisé, de façon à devoir leur donner une autre action, de ceux qui ne portoient pas un caractere particulier: & ce sont ceux-ci qu'ils ont considérés comme des injures, les regardant & les prenant pour des faits qui attaquent l'honneur & la réputation de ceux contre lesquels ils sont commis.

Nous venons de voir que le caractere de l'injure, tel que l'Auteur l'a désigné dans la définition, qu'il en donne dans ce paragraphe, est le fondement de la doctrine du Droit Romain sur cette matiere. Les paragraphes 145 & suiv. expriment les différentes especes de l'injure; & si l'on prend la peine d'y appliquer les cas exposés dans le Droit Romain, on sera peut-être surpris de voir la clarté que les définitions de notre Auteur répandent, par tout où l'on veut bien les employer. Remarquons encore que les caracteres, par lesquels les meilleurs Jurisconsultes modernes nous ont voulu indiquer l'injure, reviennent tous pour le fonds à la dé nition de notre Auteur. Voyez GROTIUS *Introd. au droit holl. L.* III. *Ch.* 3. *Droit de la Guerre & de la Paix L.* II. *Ch.* 17. VOET *ad t. ff. de inj. & famos. lib.* §. 1. & §. 17. MATTHÆUS *de crim. ad t. ff. de inj. C.* 1. §. 2. & 5. GAIL *observ. Lib.* II. *obs.* 104. *n°.* 1. BOERII *Consil.* BERLICHII *Pract. concl.* & autres. On peut voir aussi ce qu'en dit M. FERRIERES dans son *Dictionnaire de Droit & de Practique* au mot *injure.* Il y dit que l'*injure est un mépris que l'on fait de quelqu'un, à dessein de l'offenser, & de donner atteinte à son honneur:* La définition, comme l'on voit, n'est pas exacte. Mr. FERRIERES a eu l'idée d'une lésion faite à l'honneur de quelqu'un: mais il ne l'a pas eue distincte & nette. Le §. CXLVI. de notre Auteur montre que le *mépris* n'est qu'une espece de lésion faite à notre honneur.

te à ceux qui auroient pu avoir envie de nous injurier (§. CXII.). (*b*)

De l'ignominie. §. CXLV. A l'estime est opposée *l'ignominie*, qui est le jugement des autres touchant notre imperfection (§. CXXV.); par conséquent, *la vraie ignominie n'est produite que par les vices*, & à cause de cela *par les actions qui les manifestent*, & *par le défaut des vertus intellectuelles, entant que ce défaut vient de notre faute* (§. XVII.); *la même chose doit se dire des maux du corps & de la fortune*; & même *les biens de la fortune sont un sujet d'ignominie, si nous les devons à des vices.*

Du mépris, des affronts, des outrages, du blâme. §. CXLVI. Le *mépris* est tout acte extérieur, par lequel on témoigne qu'un autre est indigne d'honneur & de louange: les *affronts* * ou insultes, sont des actes extérieurs, par lesquels on déclare un autre digne d'ignominie. Les *outrages* † sont des paroles, par lesquelles on reproche à quelqu'un ses imperfections dans le dessein

* contumeliæ.
† convicia.

§. CXLIV. (*b*) Suivant ce paragraphe toute injure nous donne un droit contre celui qui l'a faite: en quoi consiste-t-il ce droit? 1. A contraindre celui qui l'a commis, à nous dédommager; c'est-à-dire, à réparer l'injure. 2. A punir celui qui l'a faite, pour qu'il ne retombe pas dans la même faute; & que d'autres y prennent exemple. Tel est notre droit dans l'état naturel: mais dans l'état civil le droit de châtier appartient à la partie publique; desorte que dans l'état civil nous avons uniquement le droit de poursuivre le dédommagement contre celui qui nous a injuriés; & c'est à la partie publique à poursuivre le châtiment. Or c'est encore ici où l'application du Droit Romain peut nous jetter dans la confusion & dans l'erreur.

Selon le Droit Romain, chacun qui étoit injurié pouvoit poursuivre l'injure, tant pour le dédommagement que pour la punition; & c'étoit proprement la poursuite de ce double droit, qui étoit nommée *actio injuriarum*. Or, comme il n'y a jamais matiere à une punition que là où il y a *dol*, l'action de l'injure ne pouvoit non plus avoir lieu, que dans les cas, où l'honneur & la réputation de quelqu'un avoient été lésés de propos délibéré: si l'intention de nuire manquoit, on pouvoit se servir d'une action, qui tendoit à réparer le dommage; mais comme on n'en avoit point de propre sur les atteintes portées à l'honneur & à la réputation, par accident, par inconsidération, par légéreté, ou par quelqu'autre défaut de cette nature, on a confondu le droit à la réparation avec celui qui tend à la punition, & insensiblement on est tombé dans l'idée, que l'on ne peut agir pour cause d'injure, que dans les cas où la mauvaise intention de celui qui nous a lésé est manifeste. On y a ajouté une autre condition pour les injures verbales; savoir que l'injurié doit déclarer qu'il se tient pour injurié, ce que les Jurisconsultes Romains nommoient *ad animum revocare*; s'il manquoit de le faire il perdoit son droit. De plus il ne falloit rien faire, dont on pût conclure qu'on eût pardonné l'injure: car, en ce cas, on perdoit le droit qu'on avoit.

En examinant ces idées, on les trouve assez bien fondées sur cette partie du droit qui tend à la punition, & c'est manifestement parce que l'action de l'injure, telle qu'elle étoit admise chez les Romains, y tendoit, qu'on les y a adoptées: mais n'est-il pas du dernier ridicule de les admettre pour la premiere partie du droit, qui tend uniquement à être dédommagé? Faut-il que je sois absolument vindicatif, pour exiger la réparation d'une injure, ou que j'y renonce? C'est-là l'idée de ceux, qui imbus de la doctrine du Droit Romain, en font l'application dans une Société civile, toute différente de la République de Rome, soit pour la religion, soit pour les mœurs, soit pour la maniere de procéder.

Tout homme a droit à la conservation de son honneur & de sa réputation comme à celle de tous ses autres biens; & par-là il a droit d'exiger qu'on répare le dommage, causé à son honneur & à sa réputation, ainsi que celui qu'on lui cause par la perte de quelque bien, quelque peu considérable que ce dommage puisse être: & ce droit est d'autant plus fort, que l'honneur & la réputation sont estimés aussi chers que la vie-même. De là il résulte que, suivant le Droit naturel, la moindre lésion portée à notre honneur & à notre réputation, nous donne droit d'en exiger la réparation, comme de tout autre dommage, qu'on pourroit nous avoir causé: soit que cette lésion ait été commise par inadvertence, par légéreté, par imprudence, ou par quelqu'autre faute.

C'est en conséquence de cette vérité que l'illustre Grotius enseigne dans son *Introduction au Droit de la Hollande*, ouvrage dans son genre non moins excellent que celui du *Droit de la Guerre & de la Paix*, que tous ceux qui lesent l'honneur de quelqu'un, soit de paroles soit par écrit, sont tenus à le réparer: il nomme cette réparation *wederevening*; & sa doctrine est généralement adoptée par les Jurisconsultes, ainsi qu'on peut le voir dans les Commentaires d'un autre Jurisconsulte *Hollandois*. Voet *ad ff. tit. de inj. & fam. lib.* §. 17. Gail. *l. c. obs.* 101. 102. 103.

L'illustre Grotius remarque encore dans son *In-*

ſein de le couvrir d'ignominie. Le *blâme* * eſt un diſcours par lequel on reproche à un autre un défaut de perfection. Il paroît au reſte clairement qu'*il ne faut mépriſer perſonne*, que *tous les affronts*, *les outrages*, *le blâme ſont des injures proprement dites*; *&*, par conſéquent, *ſont naturellement illicites* (§. CXLIII.). (*)

* vituperium.

§. CXLVII. Puiſqu'en vertu de la liberté naturelle, il faut permettre à chacun de ſuivre ſon propre jugement dans la détermination de ſes actions, & que perſonne n'eſt obligé d'en rendre compte à qui que ce ſoit, tant qu'il ne fait rien contre le droit d'un autre (§. LXXVIII.), il s'enſuit qu'*il répugne à la liberté naturelle de montrer par nos diſcours, ou par nos actions, que nous jugeons déſavantageuſement des actions des autres, tant qu'ils ne font rien contre notre droit*; par conſéquent, *la li-*

Jugements déſavantageux touchant les autres, à quels droits ils répugnent.

Introd. au Dr. de la Holl. que dans ce qui concerne la réparation de l'honneur & de la réputation, il faut plus ſe régler ſur le Droit Naturel que ſur les ſubtilités du Droit Romain.

Le droit à la réparation n'exige donc pas eſſentiellement que l'injure ait été commiſe par méchanceté, *dolo malo*, *animo injuriandi*; mais le droit à la punition exige ce caractere dans le fait qui conſtitue l'injure: & ceci a été très-bien diſtingué dans quelques Tribunaux en Europe. Par exemple, ſuivant quelques Loix de l'Empire, celui qui a bleſſé l'honneur ou la réputation de quelqu'un par paroles, eſt tenu à la palinodie. *Rec. Imp. Ann.* 1530. *Ord. Cam. Imp. part.* II. *tit.* 28. *Statuts de la ville de Hamb. part.* IV. *art.* 58. §. CXVIII. Ou bien quand ces injures verbales ſont moins conſidérables, on eſt tenu à faire amende honorable, ſoit en demandant excuſe en préſence des Juges, en avouant ſon tort, ou bien de quelqu'autre maniere, qui peut varier & qui doit varier même ſuivant la nature de l'injure, la perſonne qui l'a faite, celle à qui elle a été faite, & les circonſtances dans leſquelles elle a été faite.

C'eſt une fauſſe idée des Juriſconſultes Romains ou de leurs Interprêtes, qu'il faille ſe montrer d'abord ſenſible à une injure, afin d'en pouvoir pourſuivre la réparation: car par quel principe prouve-t-on, que je ne puiſſe attendre l'effet d'une action ſur mon honneur & ma réputation, avant que d'en pourſuivre la réparation? La charité Chrétienne exige même que j'attende & que j'emploie toutes les voyes de la modération & de la douceur, pour obtenir une réparation à l'amiable, avant que de la chercher par une pourſuite en juſtice: par quelle raiſon dois-je renoncer à ce devoir par rapport à l'injure, tandis qu'il m'eſt preſcrit pour la réparation de tout autre dommage?

Le Droit Romain veut, ou ſemble vouloir, que dès qu'une perſonne nous a injuriés, de quel que nature que ſoit l'injure, je rompe avec elle toute liaiſon, tout commerce, juſqu'à ce que j'aie obtenu ſatisfaction: ſi je ne le fais pas, je perds mon droit à la réparation: ſi ces principes ſont conformes au Droit Romain & à l'eſprit de vengeance, ils ne le ſont ſûrement pas aux devoirs que les hommes ſe doivent, comme des êtres, qui doivent tendre à leur bien mutuel. Les injures, on le ſait, ſans que nous recourions à MÆNOCH *de præſumpt. l.* V. *præſ.* XVI. §. 6. & à SCHNEIDEVINUS *ad* §. 9. *Inſt. art. de injur.* varient ſuivant le plus ou le moins qu'on bleſſe l'honneur & la réputation de quelqu'un; & ces dégrés varient encore, ſuivant les faits, les perſonnes, & les circonſtances. On peut en voir des exemples dans le *Dictionnaire de M.* FERRIERES, que je viens de citer; & l'on peut s'en repréſenter une infinité. Il en eſt de cette eſpéce de dommage comme de toute autre: c'eſt ſur toutes les circonſtances qu'il faut déterminer la réparation. Si, dans quelques Tribunaux, on a pour maxime de ne faire qu'une légere attention aux actions d'injure, il me ſemble qu'on ne réfléchit pas aſſez qu'en ôtant du cœur de l'homme l'attrait & l'éguillon de l'honneur & de la bonne réputation, on en fait un être aſſez mépriſable. Je ne m'etendrai pas davantage ſur cet article: d'autres Auteurs en ont parlé ſuffiſamment. Si on aime les authorités on peut en trouver dans l'ouvrage de GROTIUS ſur *le Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* XVIII. §. 5. *n.* 7. dans celui de PUFENDORF ſur *le Droit de la Nat. & des Gens L.* I. *Ch.* VI. §. 5. & dans les différents Commentaires, qui ont été faits ſur ces deux ouvrages.

(*) Quoique dans l'uſage ordinaire, les mots employés & définis dans cet article, n'aient pas, non plus que les mots latins qui leur répondent, la ſignification fixe & préciſe qu'on leur aſſigne ici; quoique le terme de *mépris*, ſe diſe auſſi bien de la mauvaiſe opinion qu'on a de quelqu'un dans le cœur, que des actes qui la manifeſtent; qu'affront ou inſulte ſe diſe auſſi bien des paroles que des actions, & que les mots de blâme & d'outrage expriment indifféremment des reproches d'une imperfection, ou d'un manque de perfection; cependant rien n'empêche qu'on ne leur attache le ſens reſtreint, que Mr. WOLF leur donne ici, pourvu qu'on ait ſoin de les définir; &, quoiqu'il en ſoit, le ſens de l'article eſt clair & net.

(*) Le

liberté naturelle emporte le droit d'exiger qu'un autre ne juge pas désavantageusement de nous, soit que ce jugement soit vrai, ou non.

De l'infamie. §. CXLVIII. L'*infamie* est le discours (*) commun des hommes sur les vices d'un autre, ce que nous avons appellé ci-dessus mauvaise réputation (§. CXXVI.). Puisque nous devons travailler à jouir d'une bonne réputation (ibid.), *nous devons nous garantir de l'infamie*, & puisque nous devons aussi avoir à cœur la réputation des autres (§. CXLII.) *nous ne devons pas travailler à rendre personne infame* ou le diffamer. Il paroît au reste de là, qu'*il n'y a que les actions*, qui manifestent des vices, *qui rendent* véritablement *infame.*

Des libelles diffamatoires. §. CXLIX. On appelle *libelle diffamatoire* un écrit par lequel on impute à une autre des actions infamantes. Puisque l'auteur de pareils écrits, soit qu'il se cache, soit qu'il y mette son nom, travaille à rendre un autre infame, il est clair qu'*il est naturellement illicite d'écrire des libelles diffamatoires* (§. CXLVIII.).

De la défense de la réputation des autres. §. CL. Puisque nous devons avoir soin de la réputation des autres (§. CXLII.); *nous devons* aussi, *autant qu'il est en notre pouvoir, la defendre contre les calomniateurs, & les médisants.* Au reste, il y a cette différence entre la calomnie & la médisance, c'est que la *calomnie* présente principalement l'idée de la fausseté des choses, qu'on divulgue, pour diffamer quelqu'un, & que la *médisance* marque proprement le dessein de nuire à son honneur, sans exprimer que les choses qu'on en dit soient fausses. (†) (*c*)

Du droit de défendre les autres, & de les aider à punir ceux qui les lesent. §. CLI. L'homme a droit de ne pas souffrir qu'un autre le lese, ou lui fasse tort (§. LXXXIX.), & par conséquent de se défendre contre la lésion, dont on le menace (§. XC.), & de punir celui qui l'a lésé actuellement (§. XCIII.). Puis donc que nous devons aux autres ce que nous nous devons à nous-mêmes (§. CXXXIII.), & que nos droits nous ont été donnés par la nature pour satisfaire à nos obligations (§. XLVI.), il s'ensuit que *nous avons le droit de ne pas souffrir que quelqu'un soit lésé par un autre, & s'il a besoin de notre secours, de le défendre contre la lésion dont on le menace, & de punir celui qui le lese.*

Du secours dans la guerre. §. CLII. La guerre consiste dans la défense de soi-même, dans l'exaction de la punition, & dans la poursuite d'un droit par la force, pour obtenir ce qui nous est dû parfaitement par quelqu'autre, poursuite qui est semblable à une défense (§. XCVIII. XC. LXXXVIII.). *Il est* donc *permis naturellement d'aider dans la guerre un autre, qui a le droit de la faire, & qui a besoin de notre secours.* (*d*)

Du réat & du démérite. §. CLIII. Puis que nous avons droit de punir *celui qui nous a lésés actuellement* (§. XLIII.), il *est obligé à souffrir la peine*, & c'est dans cette obligation que consiste le *réat*, duquel, pour plus de précision, on peut distinguer le *démérite*, ou *mérite de la peine*, en désignant par le dernier cette qualité de l'action, d'où naît le droit de punir celui qui nous lese, droit auquel répond dans celui-ci l'obligation de souffrir la peine, ou le réat; ou bien le démérite est la qualité de l'action qui la rend digne de punition: communément on ne distingue pas ces choses.

Du scandale. §. CLIV. On appelle *scandale* une action soit positive, soit négative, de laquelle un autre reçoit avec raison quelque peine † de l'ame. Cette peine répugnant au bon-

† Offensa.

(*) Le Latin dit l'opinion, & non le discours: mais c'est le discours, & non l'opinion des hommes sur les vices, qui a été appellé réputation au §. CXXVI.

(†) Nous avons un peu changé cet article, pour y faire entrer la médisance, dont les moralistes François parlent beaucoup.

§. CL. (*c*) Le Traducteur a altéré le sens de ce paragraphe par le changement qu'il y a fait. L'Auteur distingue ceux qui répandent des faussetés, dans la vue d'infamer quelqu'un; de ceux qui répandent des discours contraires aux louanges

bonheur (§. CXVIII.), que nous sommes obligés d'avancer même dans les autres (§. CXXXVI.), *nous ne devons* donc *scandaliser personne.* Mais comme personne ne peut être exempté d'une obligation naturelle (§. C.), & qu'il faut permettre à chacun d'user de son droit (§. LVI.), *il n'y a point de scandale, si quelqu'un fait ce qu'il est obligé ou qu'il a droit de faire ; & c'est à tort qu'on se scandalise d'une telle action.*

§. CLV. Nous ne devons haïr personne (§. CXXXVI.); par conséquent, *la haine*, l'opposé de l'amour, consistant dans la disposition à prendre plaisir au malheur des autres (ibid.), c'est-à-dire, à leur peine, & à leur tristesse (§. CXVIII.), nous ne devons causer de la peine à personne, & cette obligation n'est point détruite par les actions des autres qui y sont contraires (§ CXXXV.); il suit de-là que *nous ne devons pas souhaiter la peine d'un autre qui nous a offensés*, *ni* par conséquent *faire du mal à un autre parce qu'il nous en a fait*, c'est-à-dire, *rendre le mal pour le mal.* On appelle *vengeance* tous les actes par lesquels on rend mal pour mal, & *desir de vengeance* celui par lequel on souhaitte la peine d'un autre qui nous a offensés. Il paroît donc que *la vengeance est illicite*, que *nous devons avoir de l'éloignement pour tout desir de vengeance*, & que par conséquent *il n'en doit point entrer dans l'exercice du droit que nous avons de punir, & de nous défendre* (§. XC. XCIII.). Donc encore *dans la punition & dans la défense, on ne se propose point le mal d'un autre; mais dans le prémier cas, on se propose sa propre sécurité pour la suite ; & dans le dernier, de repousser une lésion dont on est menacé* (§. XC. XCI. & suiv.). *De la haine, de la vengeance.*

§. CLVI. On appelle *talion* une vengeance égale, c'est-à-dire, par laquelle quelqu'un souffre autant de mal qu'il en a fait. C'est pourquoi, toute vengeance étant illicite (§. CLV.), *le talion est* aussi *illicite*; par conséquent; *il n'y a point de droit naturel du talion* (§. XLIV.); ainsi, *dans l'exercice du droit de punir il ne faut pas faire attention au talion*, aussi, *n'est-il point du droit naturel, que celui qui a tué un autre, soit puni de mort.* *Du talion.*

§. CLVII. *Pardonner* ou *remettre une offense*, c'est renoncer au desir de vengeance. Puis donc que nous devons avoir de l'éloignement pour tout desir de vengeance (§. CLV.), *nous devons nous montrer faciles à pardonner.* Mais parce qu'on doit poursuivre la punition sans desir de vengeance (ibid.), *le pardon de l'offense ne contient pas la ré mission de la peine*, ou l'omission de l'exercice du droit de punir. Par la même raison, *il ne faut point employer une peine sévère, si par une peine legère on peut remplir le but de la punition, & même il n'en faut point exiger, si l'on peut sans cela remplir le même but.* *Du pardon des offenses, & de la rémission de la peine.*

§. CLVIII. Pareillement, puisque *dans la défense* on se propose non le mal d'un autre, mais de repousser la lésion dont on est menacé (§ CLV.), & qu'on doit déterminer, par les circonstances, les actes permis pour l'écarter (§. XC.), il s'ensuit qu'*il faut employer les moyens les plus doux qu'il est possible pour repousser la lésion.* *Des bornes de la défense.*

§. CLIX. Puisqu'on fait la guerre pour conserver ou pour recouvrer son droit (§. XCVIII.), *il est permis d'user dans la guerre d'autant d'efforts qu'il en faut pour avoir son droit, & pour surmonter la résistance faite à de justes efforts.* Par-là l'on peut distinguer les actes permis dans la guerre, d'avec ceux qui ne le sont pas. *De la violence permise dans la guerre.*

ges qu'on lui donne. Le mot de *Médisance* se prend généralement pour des discours dans lesquels on divulgue les défauts & les mauvaises actions de son prochain.

§. CLII. (*d*) De ce paragraphe résulte qu'une Puissance ne peut jamais exiger d'une autre qu'elle s'oblige à être neutre dans les différends qu'elle pourroit avoir : car le droit & l'obligation de rester neutre ou de prendre parti sont un droit & une obligation naturels, dont on ne peut se défaire ni se dispenser.

CHAPITRE VI.

Des devoirs de l'homme envers Dieu. (†)

Qu'il faut déterminer nos actions libres par des motifs, tirés des attributs divins.

§. CLX. Il est certain que les actions naturelles non-seulement de l'homme, mais encore des autres choses qui sont dans l'univers, sont déterminées de telle maniere qu'on en peut déduire les attributs de la divinité. C'est pourquoi, puisque les actions libres doivent être déterminées par la même raison finale que les naturelles (§. XLIII.), & que les actions libres dépendent de la volonté de l'homme, & doivent être déterminées par des motifs (§. I. & XLIII.), il s'ensuit que *l'homme doit déterminer toutes ces actions libres par des motifs tirés des attributs divins.* L'on voit par-là comment la perfection de l'homme consiste au fonds dans l'aptitude à représenter Dieu (§. CXII.); & par conséquent, *l'obligation naturelle de diriger nos actions libres vers notre perfection, contient l'obligation de les déterminer par des motifs tirés des attributs divins* (§. XLIII.). (*e*)

De la manifestation de la gloire de Dieu.

§. CLXI. Celui qui détermine ses actions par des motifs tirés des attributs divins, les dirige à la gloire de Dieu (§. CXXVII. CXXV.), c'est pourquoi, puisque la direction des actions à cette gloire s'appelle la *manifestation de la gloire de Dieu; l'homme est obligé de manifester la gloire de Dieu* (§. CLX.), ou de glorifier Dieu. (*f*)

De la direction des actions à la perfection du monde.

§. CLXII. Comme il paroît de même que la perfection de cet Univers consiste dans

(†) CHAP. VI. Ce Chapitre est un abrégé de tous les devoirs que l'homme doit à l'Etre suprême : notre Auteur commence en posant pour principe général, que le motif de toutes nos actions doit être pris des attributs de la Divinité: d'où il déduit ensuite les devoirs particuliers de glorifier Dieu, de tendre à la perfection de l'Univers; de reconnoître l'existence de l'Etre suprême, de se déterminer suivant sa volonté; d'éviter toutes les actions qui blessent la vénération qu'on doit avoir pour lui; enfin notre Auteur expose dans ce Chapitre les principaux devoirs, que nous devons à Dieu, & qui, comme autant de principes particuliers, peuvent nous faire reconnoître dans les différents cas, & les différentes situations de la vie, ce que nous devons faire ou ne point faire pour ne pas manquer à ce que nous devons à notre Créateur. Au reste voici une remarque sur le principe général que notre Auteur pose pour fondement de ses conclusions.

§. CLX. (*e*) L'Auteur a démontré dans les chapitres précédents que l'homme doit travailler à sa perfection : c'est l'obligation générale qu'il a établie, & dont il a fait son principe universel dans le Chap. II §. XXXV. & XLIII. Dans le §. XXXV. il nous a enseigné que les actions, qui tendent à la perfection de l'homme, & celles qui tendent à son imperfection, sont par elles-mêmes desirables ou haïssables, & contiennent en elles-mêmes le motif de volition ou de nolition. Comment se peut-il donc que l'Auteur nous enseigne dans ce paragraphe-ci que les motifs, par lesquels l'homme doit déterminer ses actions, doivent être pris des attributs de Dieu? J'avoue que je ne puis concilier ces deux propositions; à moins qu'on ne dise que les choses sont desirables & haïssables par elles-mêmes, à cause qu'on peut en déduire quels sont les attributs qui conviennent à Dieu.

Les actions naturelles sont tellement déterminées, dit notre Auteur, qu'on peut en déduire les attributs de Dieu. Posons que cela soit, & que cela ait été prouvé. Qu'en résulte-t-il? S'ensuit-il que l'homme, dont les actions libres doivent correspondre avec les naturelles, doit s'y déterminer par des motifs pris des attributs divins: je ne le vois point. Il faudroit pour l'affirmer avoir prouvé, non pas que les actions naturelles sont tellement déterminées, qu'on *peut* en déduire les attributs de Dieu, mais qu'elles sont tellement déterminées, qu'il paroît qu'elles n'ont d'autre raison finale, que d'être conformes aux attributs de Dieu. Alors on pourroit en conclure, que la raison finale des actions libres des hommes doit y répondre, & être déterminées par

dans l'aptitude à repréſenter Dieu, celui qui dirige ſes actions à la gloire de Dieu, les dirige auſſi à la perfection de l'Univers (§. CLX. CLXI.). Donc *l'homme eſt obligé naturellement à diriger ſes actions à la perfection de l'univers.* Et de là il paroît que *les actions contraires à la loi naturelle, c'eſt-à-dire, les péchés, déſigurent le monde, l'ouvrage de Dieu.*

§. CLXIII. Puiſque *l'homme* doit déterminer ſes actions par des motifs tirés des attributs divins (§. CLX.); il *eſt obligé de connoître Dieu*; par conſéquent, puiſque les attributs divins ſe font connoître à nous par la contemplation de l'univers, & des choſes qui y ſont, & qui s'y font, *l'homme doit contempler cet univers & les choſes qui y ſont, & qui s'y font, ſe contempler lui-même, & contempler les actions naturelles; & ſon eſprit doit ainſi remonter à Dieu.* Par conſéquent, *l'homme a droit à tous les actes par leſquels la connoiſſance des choſes naturelles eſt avancée, & à l'uſage de toutes les choſes qui y ſervent.* Et puiſque nous ſommes obligés envers les autres aux mêmes choſes qu'envers nous-mêmes (§. CXXXIII.); *nous devons* auſſi, *autant que nous le pouvons, amener les autres à la connoiſſance de Dieu.* *De la connoiſſance de Dieu.*

§. CLXIV. Dieu veut que nous conformions nos actions à la loi naturelle (§. XLI.); c'eſt pourquoi nous devons les diriger ſelon cette loi, parce que Dieu le veut (§. CLX.). Donc *en général la volonté de l'homme doit être déterminée à faire ce que Dieu veut, & à ne pas faire ce que Dieu ne veut pas; & cette volonté doit être conſtante & perpétuelle*, c'eſt-à-dire, immuable dans un cas donné, & la même dans tous les cas. *De la détermination générale de la volonté.*

§. CLXV. *L'obſcurciſſement de la gloire de Dieu* conſiſte à déclarer par des paroles, ou par des faits, qu'on regarde Dieu comme un Etre qui a des imperfections, qui répugnent à ſa ſouveraine perfection. C'eſt pourquoi, puiſque nous de- *De l'obſcurciſſement de la gloire divine.*

par des motifs pris des attributs de Dieu. Il me ſemble que je pourrois de la même maniere, que le fait notre Auteur, prouver que l'homme doit prendre les motifs de ſes actions libres des agréments que nous cauſe l'uſage des fruits. Car les actions naturelles ſont tellement déterminées, que l'on *peut* en déduire l'uſage des choſes auquel elles ſont propres; donc les motifs des actions libres, doivent être pris de l'uſage auquel les choſes ſont propres.

Pour moi j'aimerois mieux dire que le motif qui doit nous porter à nous perfectionner, doit être le bonheur qui en eſt une conſéquence; c'eſt le bonheur qui eſt la raiſon finale de toutes nos actions: & j'aimerois mieux raiſonner ainſi. Plus les Etres intelligens ſont heureux, plus ils manifeſtent la gloire de Dieu; plus ils manifeſtent la gloire de Dieu, plus ils contribuent à la perfection de l'Univers; plus ils contribuent à la perfection de l'Univers, plus ils répondent au but de la création. Qu'eſt ce qui rend les Etres intelligents heureux? c'eſt leur perfection. Il en faut donc toujours revenir au principe de la perfection.

L'expreſſion d'aptitude à repréſenter Dieu me paroît impropre & ambigu même: l'homme ne peut repréſenter Dieu, attendu qu'un Etre créé ne peut repréſenter l'Etre qui exiſte en vertu de ſa propre eſſence: mais comme l'homme peut être plus ou moins conforme à l'image de Dieu, c'eſt-à-dire, plus ou moins en état de faire le bien, il s'enſuit que l'homme peut être plus ou moins conforme à l'image de Dieu. Si l'on veut déſigner cette propriété ou ce caractere par une aptitude à repréſenter Dieu, je ne m'y oppoſerai point.

§. CLXI. (*f*) J'aimerois mieux dire: celui qui travaille à ſa perfection, & qui concourt à la perfection des autres, contribue à la perfection de l'Univers; & celui qui contribue à la perfection de l'Univers, contribue à manifeſter la gloire de Dieu. Car c'eſt par la perfection de l'Univers & par celle des parties qui le compoſent que la gloire de Dieu eſt manifeſtée.

En veut-on la preuve par un autre argument? Le voici. La perfection de Dieu ſe manifeſte par celle de l'Univers: ainſi donc tout ce qui tend à produire la perfection de l'Univers tend à manifeſter la perfection de Dieu. Manifeſter les perfections divines c'eſt les exprimer, les faire connoître à des Etres intelligents: or tout ce qui tend à manifeſter les perfections d'un Etre intelligent, tend à le glorifier, parce que glorifier déſigne proprement manifeſter les perfections d'un Etre. Et dans ce ſens la gloire n'eſt autre choſe que la manifeſtation des perfections divines.

§. CLXVI.

devons manifester la gloire de Dieu, & par conséquent déclarer, soit par nos discours, soit par nos actions, que nous le regardons comme un Etre tel qu'il est en effet, c'est-à-dire, souverainement parfait (§. CLXI.); *l'obscurcissement de la gloire divine est défendu par la loi naturelle* (§. LI.).

Du blasphême. §. CLXVI. Un *blasphême* est toute parole ou action, qui tourne au mépris & à l'outrage de la divinité. Puis donc qu'il n'y a rien par quoi la gloire de Dieu soit plus obscurcie (§. CLXV.); *rien n'est plus fortement défendu que le blasphême par la loi naturelle* (ibid.). Puisque nous n'avons aucun droit sur les actions d'un autre, tant qu'il ne fait rien contre notre droit parfait (§. LXXVI. LXXVIII.), & que par conséquent nous n'avons le droit de punir que celui qui nous a lésés (§. XCIII.); il s'ensuit que *l'homme n'a pas naturellement le droit de punir l'obscurcissement de la gloire de Dieu, ni les blasphêmes;* mais comme, cependant, il doit, autant qu'il le peut, amener les autres à la connoissance de Dieu (§. CLXIII.); *il a droit aux actes par lesquels il peut convaincre de son péché celui qui obscurcit la gloire de Dieu, ou qui blasphême.* (*g*)

De la piété, de l'impiété, & de l'hypocrisie. §. CLXVII. On appelle *piété* la vertu qui consiste à déterminer nos actions par des motifs tirés des attributs de Dieu, ou à manifester sa gloire (§. CLXI.): *nous devons* donc *être pieux* (§. CLX. CLXI.). Au contraire *l'impiété* est le vice par lequel quelqu'un ne veut pas conformer ses actions à la volonté de Dieu. Elle *est* donc *défendue* par la loi naturelle (§. CLXIV. LI.). *L'hypocrisie*, est un semblant de piété; c'est-à-dire, qu'on est hypocrite lorsque les actes extérieurs, sur-tout les discours, la voix, le visage, & les gestes ont une apparence de piété, dont les actes intérieurs sont éloignés. C'est pourquoi, puisque la loi naturelle demande l'accord des actions intérieures & extérieures (§. LII.); *l'hypocrisie est défendue par la loi naturelle* (§. LI.).

De l'obéissance due à Dieu. §. CLXVIII. *L'obéissance* consiste dans l'empressemet à faire ce qu'un autre veut, & à ne pas faire ce qu'il ne veut pas. Puis donc que notre volonté doit être déterminée en général à faire ce que Dieu veut, & à ne pas faire ce qu'il ne veut pas (§. CLXIV.); *nous sommes obligés d'obéir à Dieu;* par conséquent *la désobéissance* qui est l'opposé de l'obéissance, *est défendue par la loi naturelle* (§. LI.).

De l'amour de Dieu. §. CLXIX. Dieu est souverainement parfait; d'un autre côté il paroît par l'expérience, que notre ame ressent du plaisir à la vue de quelque perfection; donc la vue de la souveraine perfection de Dieu cause à l'ame un extrême plaisir. La disposition de l'ame à prendre un très-grand plaisir dans la perfection de Dieu s'appelle *l'amour de Dieu;* & l'on appelle *amour de complaisance*, celui qui se termine au seul sentiment de plaisir à cause de la perfection d'un autre. Puis donc que nous devons reconnoître Dieu (§. CLXIII.), & que nous ne pouvons contribuer en rien à sa souveraine perfection, car alors elle ne seroit pas souveraine, il s'ensuit que *nous devons aimer Dieu par-dessus toutes choses*, & que *l'amour de Dieu est un amour de complaisance.*

De l'amour de Dieu à cause de sa bonté envers nous. §. CLXX. Dieu est souverainement bon, & tout ce que nous tenons de biens, soit de la nature, soit d'ailleurs, doit être rapporté à Dieu. Puis donc que Dieu est bon envers nous, & que de la connoissance des bienfaits que nous avons

§. CLXVI. (*g*) Ce que l'Auteur dit dans ce paragraphe me paroît ne pas devoir être pris au pied de la lettre: car s'il est vrai que nous avons droit de nous opposer à toutes sortes de lésions, nous avons aussi droit d'empêcher qu'on n'insulte point à ce que nous regardons comme sacré: d'ailleurs l'obligation de ne pas nuire est une obligation parfaite; & le droit qui y est oppo-

avons reçus, naît l'amour du bienfaiteur; *nous devons* auſſi *aimer Dieu parce qu'il eſt bon envers nous.* Mais, comme la bonté divine, qui conſiſte à nous accorder des biens, appartient à la ſouveraine perfection de Dieu; *aimer Dieu parce qu'il eſt bon envers nous, c'eſt ſe plaire dans ſa bonté, ou dans ſa bénéficence*, donc *l'amour né de la contemplation de la bonté divine, eſt compris ſous l'amour de complaiſance* (§. CLXIX.).

De la crainte de Dieu.

§. CLXXI. Celui qui aime quelqu'un ne fait rien qui lui déplaiſe, mais il s'étudie à faire ce qui lui plaît, & par conſéquent ne fait rien qui ſoit contraire à ſa volonté. De l'amour naît donc une ſollicitude de l'ame de ne rien faire qui ſoit contraire à la volonté de celui qu'on aime, ſollicitude qui s'appelle *crainte filiale*, par oppoſition à la *crainte ſervile*, qui conſiſte à être porté par la peur de la peine, à faire ce qu'un autre veut, ou à ne pas faire ce qu'il ne veut pas. C'eſt pourquoi, puiſque nous devons aimer *Dieu* par-deſſus toutes choſes (§. CLXIX.), *nous devons* auſſi *le craindre par-deſſus tout*, ſavoir *d'une crainte filiale.*

Du reſpect pour Dieu, & de la louange & de l'honneur dû à Dieu.

§. CLXXII. L'homme doit reconnoître la ſouveraine bonté de Dieu, &, autant qu'il le peut, amener les autres à la reconnoître (§. CLXIII.): il doit auſſi déterminer ſes actions libres, par la conſidération de cette bonté, entant que motif (§. CLX.); c'eſt pourquoi, puiſque les actions extérieures doivent s'accorder avec les actions intérieures (§. LII.), & que nous ne pouvons amener les autres à reconnoître la ſouveraine perfection de Dieu que par des actes extérieurs, *l'homme doit par ſes paroles & par ſes actions témoigner qu'il reconnoît la ſouveraine perfection de Dieu, & qu'il l'eſtime infiniment.* Ce témoignage s'appellant *reſpect*; il s'enſuit que *nous ſommes obligés à avoir du reſpect pour Dieu*, &, puiſque c'eſt dans ces actes-mêmes que conſiſte la louange & l'honneur (§. CXXV.), nous ſommes obligés *à rendre à Dieu l'honneur & la louange qu'il mérite.*

De la confiance en Dieu, & de l'acquieſcement à ſa providence.

§. CLXXIII. Il eſt démontré par la théologie naturelle, que Dieu, par ſa providence, nous accorde autant de biens, & détourne de nous autant de maux que ſa ſageſſe le lui permet, & que s'il nous arrive quelque mal, il le dirige à une bonne fin. Un homme convaincu de cette vérité, ſe remet tout entier avec tout ce qu'il a à la providence divine, s'en remet à elle de tous les événements incertains, ne ſe tourmente point pour l'avenir, mais renonce à tout ſouci ſur la maniére dont les choſes tourneront. Or l'homme eſt obligé à reconnoître Dieu (§. CLXIII.). D'un autre côté, la vertu par laquelle il ſe remet lui-même, avec tout ce qu'il a, à la providence divine, s'appelle *confiance en Dieu*, & l'on appelle *acquieſcement à la providence divine*, la vertu par laquelle l'homme modère ſes goûts & ſes répugnances, dans la perſuaſion où il eſt de la rectitude de ce que Dieu fait, & de ce qu'il ne fait pas, dans le gouvernement de cet univers: il ſuit de-là que *l'homme doit placer ſa confiance en Dieu*, ou *ſe confier en lui, & acquieſcer à la providence divine*, par conſéquent, *n'avoir point de défiance, être content de ſon ſort, & ſupporter tranquillement les maux qui lui arrivent* (§. LI.).

De la célébration du nom de Dieu, & de l'action de graces.

§. CLXXIV. La louange rendue à Dieu, s'appelle *la célébration du nom divin. Nous devons* donc *célébrer le nom de Dieu* (§. CLXXII.), &, par conſéquent, *nous entretenir de*

poſé un droit parfait: ainſi j'ai le droit parfait d'empêcher qu'on n'inſulte à ce que je regarde comme ſacré. Il faut faire différence entre les paroles & les actions par leſquelles on indique qu'on penſe différemment, & celles qui tendent à jetter un mépris ſur les ſentiments des autres par rapport à la divinité.

de ses attributs, de ses œuvres, des bienfaits qu'il a accordés à nous & aux autres, soit en nous donnant des biens, soit en détournant de nous les maux, ou en les dirigeant à une bonne fin, & nous devons témoigner combien nous estimons ces bienfaits (§. CLXXII.). D'un autre côté l'on appelle *action de graces* la célébration du nom de Dieu, faite particuliérement pour ses bienfaits envers nous & les autres, jointe au témoignage du desir de lui rendre les devoirs qui lui sont dus. Or, comme nous devons aimer Dieu pour ses bienfaits (§. CLXX.), & que par conséquent notre volonté doit être determinée à lui rendre les devoirs qui lui sont dûs (§. CLXXI. LVII. XLI.), il s'ensuit que *nous devons rendre graces à Dieu.*

De la priere. §. CLXXV. Il est certain que Dieu est le distributeur de tous les biens, que c'est à sa providence qu'il faut rapporter la conservation des biens présents, l'arrivée des biens à venir, l'éloignement des maux, ou du moins leur direction à une bonne fin, comme nous l'avons dit ci-dessus (§. CLXX. CLXXIII.). Puis donc que nous devons reconnoître tout cela (§. CLXIII.), & déterminer nos actions par des motifs qui en sont tirés (§. CLX.); *nous devons* aussi *demander à Dieu qu'il nous conserve les biens qu'il nous a donnés, & qu'il nous en donne de nouveaux, qu'il écarte de nous les maux, ou que, s'ils arrivent, il les dirige à une bonne fin.* Cet acte de notre volonté s'appelle *invocation de la Divinité*, quelques-uns y ajoutent le nom de *mentale. Nous devons* donc *invoquer Dieu.* Et comme nos actions extérieures doivent s'accorder avec nos actions intérieures, que celles-là ne doivent jamais être séparées de celles-ci (§. LII.), & que d'un autre côté on appelle *priere* un discours par lequel, en invoquant Dieu, & lui rendant graces, nous exprimons, en proférant des paroles, ce que nous pensons, il suit que *la priere est ordonnée par la loi naturelle.* Il paroît au reste, qu'il y a quatre espéces de prieres, ou d'oraisons; la premiere demande la conservation de nos biens, ou la concession de nouveaux biens; la seconde demande que les maux soient détournés, ou dirigés à une bonne fin; la troisieme rend graces; la quatrieme enfin intercede pour les autres hommes. St. PAUL paroît distinguer ces quatre sortes de prieres I *Tim.* II: I. par les noms que nos versions rendent par ceux de *requête, priere, supplication, action de graces.*

Des hymnes. §. CLXXVI. Un *hymne*, ou cantique, est une composition en vers à la louange de Dieu, toute priere contient la louange de Dieu (§. CLXXV. CXXV.), la matiere des hymnes est donc la même que celle de la priere. D'un autre côté, c'est un fait que non-seulement les vers sont par eux-mêmes plus propres que la prose, à exciter & à fixer l'attention, à émouvoir le sentiment, & à graver plus facilement, & plus fortement dans la mémoire les choses dont ils traitent, mais qu'aussi lorsqu'ils sont chantés, ils produisent beaucoup plus facilement encore & plus sûrement les mêmes effets sur nous & sur les autres, il suit donc de là que *nous sommes obligés naturellement à composer des hymnes, & à les chanter.*

Comment nous devons remplir nos devoirs envers Dieu. §. CLXXVII. Une action droite requiert un accord dans l'usage de toutes nos facultés (§. XVI.); ainsi, puisque nous sommes obligés à agir droitement (§. LII.), *nous devons* aussi, *en remplissant nos devoirs envers Dieu, accorder l'usage de toutes nos facultés*, par conséquent, *joindre les actes extérieurs & intérieurs.*

Du culte divin. §. CLXXVIII. Le *culte divin* comprend les actions faites à cause de Dieu, par conséquent il consiste à remplir nos devoirs envers Dieu (§. LVII.), or il paroît, par ce que nous avons dit, que nous sommes obligés à remplir ces de-

voir

voirs; donc *nous sommes obligés à rendre à Dieu un culte*, ou à le servir. On appelle *culte intérieur*, celui qui se rend par des actes intérieurs, & *culte extérieur* celui qui se rend par des actes extérieurs. Donc encore, puisque en remplissant nos devoirs envers Dieu, il ne faut pas séparer les actes extérieurs & intérieurs (§. CLXXVII.), *nous devons joindre le culte intérieur à l'extérieur.*

§. CLXXIX. Puisque nous devons travailler à amener les autres à reconnoître Dieu (§. CLXIII.), à la vertu (§. CXXXIX.), & par conséquent à la piété (§. CLXVII.), & que nous devons être utiles aux autres par notre exemple (§. CXXXIX.), il suit de là que *les hommes doivent s'assembler pour rendre à Dieu un culte*; par conséquent *ils ont le droit de déterminer ce qui est requis pour bien régler ces assemblées* (§. XLVI.). A cela appartient la détermination du temps, du lieu, & de la maniere de les tenir. Au reste l'on peut voir, par le but de ces assemblées, ce que l'on doit y faire. *Il faut y enseigner ce que l'on doit savoir sur Dieu, sur l'attachement à la vertu, & en particulier à la piété, & sur la fuite du vice; il faut y prier & y chanter.* *Des assemblées pour le culte divin.*

§. CLXXX. Les *cérémonies* sont les signes des choses dont nous devons rappeller le souvenir pour remplir quelque but; *on doit préférer celles qui influent en même temps sur la détermination de l'action qu'on doit faire* (§. XLVIII.). Puisque *les hommes* ont le droit de déterminer ce qui est requis pour bien regler les assemblées tenues pour le culte divin (§. CLXXIX.), ils *ont le droit d'établir des cérémonies convenables au culte divin.* *Des cérémonies qui appartiennent au culte divin.*

§. CLXXXI. On appelle *idolatrie* tout culte divin rendu à ce qui n'est pas Dieu. *On se rend* donc *coupable d'idolatrie en rendant à ceux qui ne sont pas Dieu, les devoirs qui ne sont dus qu'à lui*, comme en les rendant à des Dieux feints, ou à quelqu'être qu'on ne croit pas être Dieu (§. CLXXVIII.) : c'est pourquoi puisque nous devons rendre à Dieu un culte (ibid.), que toutes nos actions doivent être droites (§. LII.), & que pour qu'une action soit droite, il faut que le jugement qu'on porte de sa rectitude soit vrai (§. LIII.), il s'ensuit que *l'idolatrie est défendue par la loi naturelle.* *De l'idolatrie.*

§. CLXXXII. On appelle *superstition*, des actions déterminées par des opinions erronées sur Dieu, & sur sa providence par rapport à ce qui est bon ou mauvais pour l'homme. Puis donc que nous sommes obligés à déterminer nos actions par des motifs tirés des attributs divins (§. CLX.), il paroît comme ci-dessus (§. CLXXXI.), par la nature des actions droites, que *la superstition est defendue par la loi naturelle.* On comprend au reste par les notions d'idolatrie & de superstition, ce que c'est qu'un *culte idolâtre* & *superstitieux.* Et puisque l'idolatrie & la superstition sont défendues, le culte idolâtre aussi-bien que *le culte superstitieux sont défendus par la loi naturelle.* *De la superstition, & du culte idolâtre & superstitieux.*



SECONDE PARTIE.

Du Domaine, & des Droits & des Obligations qui en naiſſent.

CHAPITRE I.

De la Communauté primitive, & de l'origine du Domaine.

§. CLXXXIII.

Du droit à l'uſage néceſſaire des choſes. On appelle *uſage néceſſaire des choſes*, celui qui eſt requis pour ſatisfaire à notre obligation naturelle. Puis donc que la loi naturelle nous donne droit aux choſes, ſans leſquelles nous ne pouvons ſatisfaire à cette obligation (§. XLVI.), il s'enſuit que *naturellement tous les hommes ont droit à l'uſage néceſſaire de toutes les choſes, ſoit néceſſaires, ſoit utiles, ſoit plaiſantes* (§. CXIV. & ſuiv. CXIX, CXXI.) & que, par conſéquent *cet uſage eſt permis* (§. XLIX.).

§. CLXXXIV.

PART. II. CHAP. I. La premiere partie de l'Ouvrage de notre Auteur nous a donné un précis du *Droit de la Nature* en général, & des devoirs que l'on ſe doit tant à ſoi-même, qu'envers les autres & envers Dieu. Cette ſeconde Partie eſt deſtinée à nous donner des idées ou des notions diſtinctes de ce que l'on nomme *Domaine*, & des droits & des obligations qui en découlent. Ordinairement l'on traduit le mot latin *Dominium* par celui de *propriété*; c'eſt ainſi que l'a fait Mr. BARBEYRAC dans ſa Traduction de GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, & dans celle de PUFENDORF *Droit de la Nat. & des Gens.* Cependant comme le mot de *propriété* ne répond pas parfaitement à celui de *Dominium*, je me ſervirai ſouvent dans mes remarques du mot *Domaine*, dans le même ſens, que celui de *Dominium* eſt pris dans le Droit Romain; quoique *Domaine* dans l'uſage ordinaire ſoit d'une ſignification plus particuliere. Il ſuffit que le Lecteur en ſoit prévenu, pour éviter toute confuſion.

Notre Philoſophe commence cette Partie par la *communauté primitive* & l'*origine du Domaine.* Cette communauté primitive, établie univerſelle, eſt encore un de ces principes, imaginés pour en déduire d'autres. Nous verrons dans le cours de ce Chapitre dans quel ſens il faut l'entendre, & juſqu'à quel degré on peut l'admettre.

§. CLXXXIV. (*a*) La conſéquence que l'auteur tire ici des paragraphes qu'il cite me paroît pouſſée trop loin. Nous avons un droit originel à tout uſage des choſes, ſans leſquelles nous ne pouvons conſerver notre vie, notre ſanté; & ſans leſquelles nous ne pouvons vivre commodement ni agréablement: s'enſuit-il que nous avons le droit de tuer les animaux? comme l'Auteur l'affirme? Si les Animaux pouvoient plaider leur cauſe, comme au temps d'Eſope, ils pourroient conclure qu'ils ont le même droit ſur les hommes; & je ne crois pas qu'on fût fort preſſé à le leur accorder. Nous avons, il eſt vrai, le droit originel dont l'Auteur parle, mais ſauf les droits du tiers. Ainſi nous devons prouver par un autre principe que notre droit ſur les choſes s'étend de même ſur les animaux: & ces principes nous en doivent faire voir les limites & l'étendue, pour que nous ne tombions pas dans le cas de cet enfant grec, qui, pour avoir tué un oiſeau, fut condamné à la mort.

§. CLXXXVI. (*b*) Si l'on compare la définition, que l'Auteur nous donne ici, de ce que l'on nomme *communauté primitive*, avec ce que le célebre PUFENDORF nous en dit dans ſon *Droit de la Nature & des Gens*, L. IV. Ch. IV. §. I. & avec les éclairciſſements que Mr. BARBEYRAC y a joints, on verra combien notre Auteur eſt préférable pour la préciſion & la juſteſſe.

Cependant cette communauté primitive n'a pas été mal exprimée par le Juriſconſulte Romain NERATIUS *l.* 14. *de acquir. rer. dom.*, où nous liſons *quod*

§. CLXXXIV. *Si donc certaines choſes ſe conſument par l'uſage, il eſt permis de les détruire*, comme, par exemple, de tuer les animaux dont nous mangeons la chair, & de la peau desquels nous nous habillons. (*a*) *Du droit de détruire les choſes.*

§. CLXXXV. Puiſque l'homme a naturellement droit à l'uſage néceſſaire des choſes (§. CLXXXIII.), *s'il y a des choſes qu'on ne puiſſe pas avoir en tout temps, ou du moins, auſſi commodément, dans le temps qu'on en a beſoin, il eſt permis de les recueillir, & de les garder pour l'uſage à venir.* Et puiſque perſonne ne doit empêcher cet uſage (§. L. CLXXXIII.); *perſonne ne doit enlever à un autre les choſes ſaiſies pour un uſage néceſſaire, ou gardées pour l'avenir; & l'on doit s'en tenir là-deſſus, au jugement de celui qui les a ſaiſies, ou qui les garde* (§. LXXVIII.). *De la conſervation des choſes pour l'uſage à venir.*

§. CLXXXVI. Puiſque *tous les hommes*, naturellement égaux, ont les mêmes droits (§. LXX.); ils *ont* auſſi *le même droit à l'uſage néceſſaire des choſes naturelles* (§. CLXXXIII.); c'eſt pourquoi, le *droit commun* étant celui qui appartient à pluſieurs à la fois (§. CI.), & par conſéquent, une *choſe commune* étant celle à laquelle pluſieurs ont le même droit; il s'enſuit que *naturellement les hommes ont un droit commun à l'uſage néceſſaire des choſes naturelles*, & que *toutes choſes ſont communes naturellement.* Au reſte ce droit commun à l'uſage néceſſaire des choſes naturelles quelconques s'appelle *communauté primitive*, comme on appelle ſimplement *communauté*, ou *communauté de choſes*, le même droit que pluſieurs ont ſur les mêmes choſes. Il paroît par ce que nous avons dit, que *la communauté primitive eſt de droit naturel*, & que ce n'eſt pas une vaine fiction. (*b*) *De la communauté primitive.*

§. CLXXXVII.

in litore quis ædificavit, ejus erit; nam litora publica non ita ſunt, ut ea, quæ in patrimonio ſunt populi; SED UT EA, QUÆ PRIMUM A NATURA PRODITA SUNT, ET IN NULLIUS ADHUC DOMINIUM PERVENERUNT. L'idée du Juriſconſulte répond, comme l'on voit, aſſez eſſentiellement à celle de notre Philoſophe, & paroît même avoir quelqu'avantage ſur la ſienne; car notre Auteur fonde la communauté primitive ſur l'égalité, dans laquelle il ſuppoſe que les hommes ſe trouvent naturellement; & l'on pourroit lui objecter, que ſi cette égalité n'étoit pas réelle, la communauté ne le ſeroit pas non plus. Si l'on fait attention qu'il peut y avoir plus ou moins d'égalité entre les hommes; c'eſt-à-dire, que les hommes n'ayant pas tous originairement les mêmes droits, peuvent cependant avoir les mêmes droits, relativement à certaines choſes, on ſera convaincu, qu'une *communauté primitive* ne s'étend pas eſſentiellement à tout, & qu'il y a des choſes, auxquelles elle s'étend néceſſairement. Un Eſclave, par exemple, a, avec ſon Maître, le même droit à l'air qu'il reſpire, c'eſt un droit qu'on ne peut lui ôter: d'un autre côté le genre humain exiſtant par ſucceſſion des uns aux autres, il eſt manifeſte que ceux, qui viennent & entrent dans le monde, doivent néceſſairement trouver des choſes qui ne ſoient pas communes. Ainſi, en ſuivant l'idée du Juriſconſulte NERATIUS, nous pourrions entendre par *communauté primitive*, le droit naturel des hommes aux choſes qui ne ſont point encore dans le domaine de quelqu'un: &, à dire vrai, j'aimerois mieux adopter cette idée, que celle de notre Auteur, qui limite le droit naturel des hommes à *l'uſage* des choſes naturelles. D'ailleurs comme il établit un droit égal & non limité, fondé ſur l'égalité non-limitée entre tous les hommes, ce droit ne paroît point avoir plus de réalité que la ſource, qui lui ſert de principe.

Voici, ce me ſemble, comme l'on pourroit raiſonner, en ſuivant le fil & en quelque façon la méthode de notre Philoſophe; & même ſans nous éloigner beaucoup de ce qu'il nous enſeigne dans ſon grand Ouvrage *Part.* II. *Ch.* I. §. 7.

On nomme *acquiſition néceſſaire* des choſes, celle ſans laquelle on ne peut remplir ſon devoir naturel: or, comme la loi naturelle nous donne droit aux choſes, ſans leſquelles nous ne pouvons remplir notre devoir naturel; les hommes ont généralement droit à l'acquiſition de toutes les choſes, qui peuvent leur être, ſoit néceſſaires, ſoit utiles, ſoit agréables.

Les hommes peuvent donc, dans l'état de nature, faire des acquiſitions: &, comme l'acquiſition ſe fait pour la néceſſité, l'utilité & l'agrément; & qu'on ne ſatisfait à ce but que par l'uſage de ces choſes, il s'enſuit que l'homme a naturellement droit de s'approprier les choſes, qui lui ſont néceſſaires pour remplir ſon devoir naturel, & de faire uſage de ces choſes.

Ce raiſonnement nous conduit au contenu du

Du droit sur une chose qui ne se consume pas par l'usage.

§. CLXXXVII. Puisque dans la communauté primitive tous les hommes ont le même droit à l'usage nécessaire d'une chose naturelle (§. CLXXXVI.); *si une chose ne se consume pas par l'usage, cet usage étant fini, un autre quelconque peut s'en servir, & celui qui s'en étoit servi auparavant n'a pas droit de l'empêcher* (§. L.). Par la même raison *si plusieurs peuvent participer à la fois à l'usage d'une même chose, cette participation doit être permise indifféremment à tous ceux qui le veulent.* (c)

Des choses d'industrie, & artificielles dans la communauté primitive.

§. CLXXXVIII. Les hommes doivent travailler à ne pas manquer d'une quantité suffisante des choses nécessaires, utiles & agréables, soit d'industrie, soit artificielles (§. CXXI. CXXIII.); par conséquent chacun est obligé de choisir le genre de travail, auquel il se sent propre (§. CXXIV.), & tous les hommes sont naturellement obligés à joindre leurs forces pour se perfectionner eux-mêmes, & perfectionner leur état (§. XLIV.); donc *dans la multiplication des choses d'industrie & artificielles, on ne peut, tant que la communauté primitive subsiste, se proposer d'autre but que l'usage commun de tous;* & par conséquent, *les choses d'industrie, & les choses artificielles doivent être communes, aussi-bien que les choses na-*

§. CLXXXIII. mais il contient, outre *l'usage*, *l'acquisition*; & de là je tire pour l'acquisition la même conséquence, que l'Auteur en tire pour l'usage dans le §. CLXXXV. savoir que nul n'a droit d'ôter à un autre, soit l'acquisition, soit l'usage d'une chose, que celui-ci s'est appropriée; & qu'un chacun doit sur ce fait s'en rapporter au jugement de celui, qui a cru être authorisé à cette acquisition.

Ceci posé, il s'ensuit, que les hommes, ne venant point au monde dans une égalité complette & non limitée, leurs droits naturels sont aussi limités, par les acquisitions faites par ceux qui s'y trouvent avant eux; & que leurs droits ne peuvent s'étendre qu'aux choses non acquises encore, & qui par-là se trouvent à leur disposition, suivant que la loi naturelle leur y donne droit, comme notre Auteur l'enseigne au . CLXXXIII. ou en conséquence de l'argument que nous avons proposé ci-dessus.

Vous ne trouverez pas, dit notre Auteur à la note du . 7. de son grand Ouvrage, *Part.* II. *Ch.* I. que votre essence & votre nature vous fournissent une raison suffisante, que vous ayez seul droit à telle ou à telle chose en particulier, de façon qu'elle ne doive servir qu'à vos besoins seuls, & que vous puissiez en exclure tout autre: mais si le devoir de ma conservation & de ma perfection, me fait envisager cet usage exclusif comme une chose nécessaire, il me semble que la chose est bien prouvée. Au reste, au §. 59. de ce Chapitre, notre Auteur nomme *communauté primitive*, la *communauté de toutes les choses corporelles, appartenant par un effet de la nature à tout le genre humain. Rerum omnium corporalium communio natura toti humano generi competens* communio primitiva *dicitur.* Or, il prétend qu'on ne peut se faire des idées du Domaine, ni de l'Origine du domaine, sans que l'on présuppose la communauté primitive, cette origine ne pouvant être déduite de la nature & de l'essence de l'homme, comme le peut être la communauté primitive: mais nous avons déjà remarqué, que toute la force du raisonnement de l'Auteur git dans l'idée de la nature & de l'essence du genre humain, produit tout d'un coup, & non pas par voie de succession. Et, dans ce cas-là encore, on trouveroit, dans la diversité des situations & des circonstances, des raisons, suffisantes pour faire voir, que, dès que l'on suppose des devoirs & des obligations à remplir, la communauté primitive ne peut avoir lieu dans le sens que notre Auteur l'entend. A la vérité il la limite à l'état naturel de l'homme, mais à quel état naturel? A un état que l'on se figure, en faisant abstraction de la condition, sans laquelle l'homme n'existe point. Que l'on prenne les Sauvages: ils sont sans contredit dans l'état, qui approche le plus de la communauté primitive: cependant ils ont leur *tien* & leur *mien*, suivant que leurs besoins les portent à s'approprier ce qu'ils croient leur être nécessaire, utile ou agréable. Si leurs inclinations ne leur font pas faire un amas de richesses, ce n'est pas assurément par l'idée d'une égalité de droits & d'une liberté parfaite. Si quelqu'un d'eux frappé par la beauté d'une pierre se la fût appropriée & l'eut mise dans sa cabane, auroit-on le droit de l'obliger à la rapporter dans l'endroit, où il l'auroit trouvée, sous prétexte que cette pierre doit rester en commun à tous les hommes? Je ne vois point que dans les principes-mêmes de notre Auteur on puisse refuser à l'homme, supposé dans l'état de la nature, le droit de s'approprier ce que la nature lui offre à saisir, & dont il croit pouvoir faire usage, soit pour ses besoins, soit pour son utilité, soit pour son agrément. Il en est de même de l'état

naturelles (§. CLXXXVI.). *Si quelqu'un* cependant *s'est procuré pour son usage des choses d'industrie ou artificielles, un autre ne peut s'en servir qu'autant que ces choses ne se consumant pas par l'usage, il se trouveroit qu'on ne s'en sert pas actuellement, ou qu'un autre peut s'en servir en même temps* (§. CLXXXVII.). (*d*)

§. CLXXXIX. Puisque dans la communauté primitive chacun a droit à l'usage nécessaire des choses (§. CLXXXIII.); *chaque homme* aussi *a droit aux actions sans lesquelles il ne peut obtenir l'usage nécessaire*, il a droit, par exemple, de *prendre des bêtes sauvages, des poissons, des oiseaux, de cueillir des fruits, de couper du bois*, & ainsi du reste. *Droit commun aux actions.*

§. CXC. Puisque tout homme a naturellement droit à l'usage nécessaire des choses naturelles (§. CLXXXVI.); *dans la communauté primitive, chaque homme a droit de séjourner, d'habiter où il lui plaît, & aussi long-temps qu'il lui plaît, de passer par-tout, selon qu'il en a besoin, & qu'il lui semble bon, & d'y prendre les choses dont il a besoin.* Et même puisque les choses artificielles sont communes aussi (§. CLXXXVIII.); *s'il se trouve quelque part une maison inhabitée, ou que plusieurs peuvent habiter à la fois, chacun a droit d'y habiter, aussi long-temps qu'il lui plaira.* (*e*) *Droit de séjour, d'habitation, de passage.*

§. CXCI.

l'état de nature, comme de l'état civil, où chacun doit goûter les fruits de son industrie. Les hommes sont plus ou moins industrieux, plus ou moins actifs, plus ou moins vigilants. L'ordre de la nature exige que celui qui surpasse un autre en industrie, en goûte les fruits, & ce seroit, ce me semble, une regle contre l'ordre de la nature, si le laborieux devoit mettre en commun les produits de son travail, & en faire participer le paresseux. De là il est bien évident, ce me semble, que la condition humaine est tellement constituée, que l'on ne peut, même dans l'état de nature, lui supposer cette communauté primitive, dont il est ici question. Rendons pourtant justice à notre Auteur, & avouons que sa doctrine mérite d'être lue & méditée, parce qu'elle peut être d'un très-grand usage relativement aux Sociétés, dans lesquelles il y a une communauté de biens, & qu'elle peut être employée très-utilement dans l'explication de plusieurs cas du Droit Canon.

§. CLXXXVII. (*c*) Ce paragraphe me paroît encore trop limité. Il ne s'ensuit pas, ce me semble, qu'ayant fini de me servir d'une chose, l'usage en doive rentrer dans la communauté. L'obligation de satisfaire à mes devoirs peut m'imposer la loi de garder une chose dont j'ai fait usage, pour en faire de nouveau usage, lorsque je me trouverai dans le cas d'en avoir besoin: mais j'accorde à l'Auteur ce qu'il dit à la fin de ce paragraphe; parce que nous n'avons point droit de faire l'acquisition d'une chose, dont l'usage, commun avec d'autres, doit nous suffire, & peut suffire pour répondre au but de nos actions, & de notre destination.

§. CLXXXVIII. (*d*) Il manque quelque chose, ce me semble, à ce raisonnement-ci. *Les hommes doivent travailler à forces réunies, à se procurer le nécessaire pour leur perfection, & celle de leur état, donc on ne peut dans la communauté primitive avoir d'autre but qu'un usage commun:* ne faudroit-il pas y ajouter *relativement à la communauté?* Les hommes étant différents d'humeur, de génie, de goût & d'inclinations, est-il bien possible qu'ils n'aient des vues particulieres dans leurs actions; & que les fruits de leurs travaux puissent être communs à tous égards, ou destinés à un commun but. Dans les Sociétés civiles tous les citoyens doivent concourir à un même but: mais cela n'empêche point que ces citoyens ne puissent se porter également à des vues particulieres, & les remplir en faisant usage de leurs facultés & de leur activité.

§. CXC. (*e*) C'est-à-dire, que, si dans l'état de nature, un homme s'étoit formé une cabane, un peu plus ample qu'il ne seroit nécessaire pour son usage, il faudroit qu'il en cedât une partie à tel paresseux, qui se présenteroit pour s'y loger: il faudroit aussi que le maître du logis l'admît à sa table, & l'habillât, en cas qu'il se fût ménagé une petite terre & un petit troupeau au-delà de ce que ses besoins actuels pourroient exiger. A la vérité notre Auteur combattroit ces conséquences, par les principes qu'il a établis §. CXXXIII. & suivants: mais ces principes-mêmes ne prouvent-ils donc pas, que la proposition, dont ces conséquences résultent nécessairement, n'est pas admissible? & néanmoins ces conséquences devroient être admises, si l'on admet la communauté primitive de la façon que l'Auteur l'enseigne, particuliérement encore dans la note au §. 29. & au §. 31. de la *Partie* II. de son grand Ouvrage. Le principe de l'harmonie, qui doit regner entre les Etres moraux, comme entre les Etres physiques, développé avec exactitude nous conduiroit à d'autres conséquences. Au reste ce paragraphe, ainsi.

Du droit propre, & de la communauté négative.

§. CXCI. Au droit commun est opposé le *droit propre*, qui appartient à un seul, ou à plusieurs conjointement, à l'exclusion de tous les autres (§. CI.). Puisque *naturellement* tout est commun (§. CLXXXVI.), *personne n'a de droit propre sur aucune chose*. On appelle *choses de chacun* ou *appartenantes aux particuliers*, celles sur lesquelles quelqu'un a un droit propre; & *choses qui ne sont à personne*, celles sur lesquelles personne n'a ce droit. Il est donc évident que *naturellement il n'y a point de choses appartenantes aux particuliers*. En effet il n'y a dans la nature de l'homme, aucune raison pour laquelle une chose doive être à l'un plutôt qu'à l'autre. On appelle *communauté négative* (*), celle dans laquelle les choses communes ne sont à personne, & *telle est la communauté primitive* (§. CLXXXVI.). (*f*)

De l'usage propre de la chose.

§. CXCII. Puisqu'il n'est permis d'enlever à personne les choses saisies pour un usage nécessaire, ou gardées pour l'usage à venir (§. CLXXXV.), *& que celui qui saisit les choses, ou qui s'assûre* le pouvoir de s'en servir, ne fait qu'user de son droit (§. CLXXXIII.); il suit de là que *l'usage d'une chose, qui auparavant étoit permis à tous indifféremment, devient propre à celui qui, dans le dessein de se servir de cette chose, la met en son pouvoir*, ou la réduit en tel état qu'il peut s'en servir. Cela doit s'entendre également des choses qui ne se consument pas par l'usage, aussi long-temps que cet usage dure (§. CLXXXVII.). Et voilà comment est venue aux hommes l'idée de droit propre sur une chose. (*g*)

Des perturbateurs de la communauté primitive.

§. CXCIII. On appelle *perturbateur de la communauté primitive*, celui qui tâche, ou par lui-même, ou par les autres, d'empêcher quelqu'un par la violence d'user des choses, comme il en a besoin. Puisqu'un tel homme empêche l'usage d'un droit qui appartient à un autre (§. CLXXXIII.), *chacun a le droit* de lui résister (§. L.), & par conséquent *de se défendre soi-même, & de défendre l'usage des choses, contre un perturbateur de la communauté primitive* (§. XC.). Et puisque le droit commun à l'usage d'une chose est un droit parfait (§. CLXXXIII. LXXXI.), & qu'ainsi sa violation est une injure (§. LXXXVII.) il s'ensuit que, *dans la communauté primitive, c'est une juste cause de guerre, si quelqu'un tâche d'empêcher un autre par la violence d'user d'une chose, ou de la enlever quand il l'a saisie* (§. XCVIII.).

§. CXCIV.

ainsi que le §. CLXXXIII. & le §. CLXXXIX. peut servir à nous indiquer les principes. sur lesquels est fondé ce que nous trouvons enseigné dans les *Instit. L.* II. *T.* I. §. II. & suiv.

(*) Pour la distinguer de la *communauté positive*, voyez ci-dessous (§. CXCVI.). R d. T.

§. CXCI. (*f*) Il n'y a dans la nature de l'homme, dit notre Auteur, aucune raison pourquoi telle chose doive appartenir plutôt à l'un qu'à l'autre, & cela est vrai, à considérer simplement la nature de l'homme, abstraction faite de l'état dans lequel il naît: mais à considérer l'ordre de l'existence humaine, ce principe n'est pas exactement vrai.

§. CXCII. (*g*) Nous pourrions demander sur ce paragraphe, si l'homme, en s'appropriant certaines choses, sort de l'état de nature, ou s'il y reste? L'Auteur sûrement ne prétend point que par un tel acte l'homme cesse d'être dans l'état de nature: mais si, malgré cet acte, il y reste, l'état naturel n'exige donc point essentiellement cette communauté primitive.

§. CXCIV. (*h*) Ce paragraphe est, si je ne me trompe, une preuve qu'il n'y a jamais eu de communauté primitive, & les remarques que nous avons faites sur cette communauté, font voir, ce me semble, assez sensiblement, que l'on s'est porté à cette idée, pour expliquer les droits de Domaine, de propriété, de possession & tous les droits qui en résultent. On s'est représenté toutes les choses en commun; on a raisonné en conséquence de cette communauté; on a examiné ce qui en résulteroit: on a compris que chaque limitation occasionnoit un bien propre, & en partant de là, on a recherché ce qui résultoit de cette limitation: insensiblement ce qu'on n'avoit d'abord pris que comme une hypothese a été réalisé; l'homme étant naturellement porté à se persuader que les choses existent comme il se l'imagine. Mais de quelque côté que nous consultions la na-

§. CXCIV. Le genre humain s'étant multiplié, & s'étant écarté de cette simplicité de vie, dans laquelle on pourvoit seulement aux nécessités, sans presque penser à la commodité & à l'agrément, il a été besoin de choses d'industrie & artificielles (§. CXXI.); mais ces choses étant dues au travail des hommes (§. CXXIV.), & devant cependant être communes, dans la communauté primitive (§. CLXXXVIII.), on comprend sans peine, par ce que nous avons dit, que la communauté primitive ne peut subsister, à moins que les hommes ne remplissent exactement leurs devoirs envers eux-mêmes, & envers les autres. Puis donc que personne n'oseroit nier qu'il ne faut espérer cela de tous les hommes, puisque d'un autre côté, dès qu'on s'éloigne de la communauté primitive, les choses qui ne sont à personne, doivent devenir choses de chacun (§. CXCI.), & puisqu'enfin le droit naturel perfectif nous oblige à préférer le meilleur (§. XLVIII.); il suit de là qu'*il n'est pas contraire au droit naturel, que la communauté primitive soit abolie, que les choses soient faites choses de chacun, ou soumises au droit propre.* (*h*) *De l'abolition de la communauté primitive.*

§. CXCV. Puisque celui qui a un droit propre en exclut tous les autres (§. CXCI.), & qu'en vertu de la liberté naturelle, il faut permettre à chacun de suivre son propre jugement, dans la détermination de ses actions, tant qu'il ne fait rien qu'il soit obligé parfaitement envers vous de ne pas faire (§. LXXVIII.), il s'ensuir, que *si une chose est soumise au droit propre, celui au droit de qui elle est soumise, a le droit d'en disposer à son gré;* ce droit propre de disposer d'une chose à son gré, ou comme on le trouve bon, s'appelle *Domaine*, & celui qui a le Domaine sur la chose, en est dit le *maître* (*). D'où il paroît que *le maître d'une chose peut exclure tous les autres, de tous les droits qui lui appartiennent, en vertu du domaine sur cette chose;* que *sans sa volonté le domaine ne peut passer à un autre* (§. C.), *&* que par conséquent *il a le droit d'interdire, à tout autre, tout acte permis en vertu du domaine, & de ne pas souffrir que quelqu'autre en fasse aucun malgré lui.* D'où il suit encore, que *tous les actes contraires au Domaine d'un autre sont illicites* (§. XLIX.). Au reste, comme on appelle *sien* en général, ce sur quoi quelqu'un a un droit propre; il paroît de même, que les choses sur lesquelles quelqu'un a le domaine, sont *ses* choses, ou des *choses siennes.* (*i*) *Du domaine & de ses effets.*

§. CXCVI.

nature ou l'histoire, nous verrons que cette communauté n'a jamais pu avoir lieu, & qu'elle ne l'a jamais eu; & cela par les mêmes raisons que j'ai alléguées au sujet de la liberté générale naturelle; autre hypothese dont on s'est servi avec utilité, mais qu'on n'auroit pas dû réaliser.

(*) Le mot de *Domaine* vient du mot latin *Dominus*, que nous rendons par celui de *Maître*, ce qui rend l'expression plus juste en latin; pour conserver l'analogie, il faudroit rendre le mot de *Domaine* par celui de *Maîtrise*, si celui-là n'étoit pas consacré par les Jurisconsultes. Les mots de propriété & de propriétaire n'exprimeroient pas la même chose, comme on le verra tout à l'heure (§. CXCVIII.). R. d. T.

§. CXCV. (*i*) Faute de distinguer la faculté morale, qui constitue proprement le droit, du pouvoir physique, qui n'en peut jamais donner par lui-même, & qui ne sert qu'à nous en donner l'exercice, les Interprêtes du Droit Romain, & même ceux qui ont travaillé sur le droit universel, ne nous ont présenté que des idées confuses sur ce qu'on nomme Domaine, *Dominium.* Mon but n'est pas de faire voir en quoi d'autres Auteurs ont manqué, mais d'indiquer les obscurités du Droit Civil, & la maniere dont on peut les éclaircir par les principes de notre Auteur. Le *Domaine* est, selon lui, *le droit propre de disposer à volonté d'une chose:* Mr. HEINECCIUS *de J. N. & G. L.* I. §. 231. critique cette définition, parce, dit-il, qu'un pupille, maître de son bien, ne peut cependant en disposer: on pourroit rétorquer l'argument sur la définition que Mr. HEINECCIUS donne du Domaine; attendu qu'un pupille ne peut pas non plus exclure les autres de l'usage de son bien. Ce Jurisconsulte n'a pas fait attention qu'un pupille n'est pas privé de son *droit*, mais uniquement de l'*exercice* qu'il peut faire en personne de son droit: ainsi un pupille a le droit de disposer à volonté de son bien, mais il n'en

Communauté positive.

§. CXCVI. Si plusieurs ont conjointement, & chacun pour une certaine portion, le Domaine d'une chose non-divisée ou indivise, ou qui leur appartient par indivis, cela s'appelle *communauté positive* (*). C'est pourquoi le maître d'une chose, étant une personne morale (§. CXCV. XCVI.), *dans la communauté plusieurs conjointement, sont considerés comme une seule personne, & ce que l'on dit d'un maître, peut se dire d'eux conjointement.* (*k*)

De la communauté mixte.

§. CXCVII. Il y a aussi une *communauté mixte*, c'est-à-dire, en partie négative & en partie positive, & dans laquelle les choses sont au domaine d'un *corps*, ou d'une multitude d'hommes, associés pour une certaine fin, mais qui tous n'ont qu'indifféremment l'usage de ces choses, selon que chacun en a besoin, & non point pour une certaine portion; telle est une communauté de religieux. *Ceux* donc *qui sont dans une communauté mixte, excluent du domaine du corps tous ceux qui n'en sont pas; mais par rapport à chacun de ceux qui en sont, les choses sont censées n'être à personne, cependant par rapport à l'usage elles sont communes à tous* (†). Au reste par *s'associer* j'entends ici s'accorder à poursuivre conjointement une même fin. (*l*)

§. CXCVIII.

n'en a pas lui-même l'exercice. Sa volonté réside dans son Tuteur: elle y est limitée par l'intérêt du Pupille.

Le Droit Romain ne donne nulle-part une définition du Domaine, *Dominium*, mais il le désigne par le droit que nous avons sur une chose comme étant à nous; *quod nostrum est;* ce qui nous appartient: or quel est le droit sur ce qui nous appartient? c'est celui de pouvoir en disposer à volonté. Voilà le droit que la liberté naturelle nous donne sur tout ce qui nous appartient: ainsi dès qu'on nomme une chose nôtre, on désigne par-là l'objet de la faculté que nous avons d'en disposer à volonté, comme le remarque Mr. DE COCCEJI dans *ses Commentaires sur* GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix, au* §. 5. *L.* I. *C.* I. Il est donc clair que, suivant le Droit Romain, il faut entendre par *Dominium* ce droit, que la liberté naturelle nous donne sur les choses, & que notre Auteur définit par le droit propre de disposer à volonté d'une chose. Si l'on en doute, qu'on consulte Mr. NOODT, un des meilleurs Commentateurs du Droit Romain. Voici ce qu'il dit, en parlant de la division que MARCIEN donne des choses *l. ff. de rerum div. l.* 2. „ *Postrema rerum species apud Marcianum l.* 2. *h. t.* „ *constat rebus singulorum. hæ vero sunt privatæ, id* „ *est, in patrimonio, seu dominio, privato. estque* „ *dominium (quod addam obiter) jus pro arbitratu* „ *de re disponendi, præterquam si quid vi aut jure* „ *probibeatur.*" A la vérité Mr. NOODT ajoute, *à moins que nous n'en soyons empêchés par la violence ou le droit;* mais il est aisé de voir, que cette restriction n'a du rapport qu'au droit civil. La faculté morale est toujours limitée par le droit: ainsi celui qui a la faculté de disposer à volonté d'une chose, n'a pas pour cela la faculté d'en disposer d'une façon contraire à ses obligations; & quant à la violence, elle peut nous empêcher l'exercice de ce droit, mais elle ne peut le restreindre ni nous l'ôter.

(*) Dans la communauté positive chacun peut avoir un droit égal sur la chose possédée en commun, en sorte que, par exemple, s'ils sont trois, chacun ait droit sur le tiers des fruits, du prix, ou des avantages que rapporte la chose, que s'ils sont dix, chacun en ait le dixieme; ou bien, l'un peut y avoir droit pour trois parts, l'autre pour deux, &c. R. d. T.

§. CXCVI. (*k*) Il faut bien distinguer cette communauté *positive* de la *négative*, dont il a été parlé dans le §. CXCI. & que nous trouvons indiquée dans les *Inst. L.* II. *T.* I. §. I.

(†) Ainsi par raport à ceux qui sont hors du corps, la communauté mixte ressemble à la communauté positive, & elle ressemble à la négative par rapport à ceux qui sont du corps; on voit par-là qu'on confond la communauté positive avec la communauté mixte, quand on dit que l'espéce de Domaine qu'ont les Moines, est contraire à leur vœu de pauvreté; chacun n'y a effectivement rien à lui. R. d. T.

§. CXCVII. (*l* Ce paragraphe nous explique ce qu'il faut entendre par les *res universitatis.* JUSTINIEN n'en donne pas les idées les plus claires au §. 6. des *Inst. de rer. div.* Il ne faut pas confondre, dit Mr. FERRIERES dans ses notes sur ce §. 6. les *choses des communes* avec le *patrimoine de la communauté.* Il a raison; mais il a manqué d'indiquer en quoi les *choses des communes* different du *patrimoine de la communauté.*

(*) On voit que le droit d'usage a moins d'étendue que celui de jouïssance; si je vous permets de loger vous-même dans ma maison, vous en avez l'usage, si je vous permets d'y faire loger qui il vous plaira, & aux conditions qu'il vous plaira, vous en avez la jouïssance. R. d. T.

§. CXCVIII.

§. CXCVIII. Comme le maître, ou celui qui a le domaine d'une chose, peut en disposer à son gré (§. cxcv.); & qu'on peut disposer soit de la chose-même, ou de sa substance, soit de son usage, soit enfin de son fruit, comme il est aisé de le comprendre, le domaine renferme un triple droit, savoir celui de disposer de la substance de la chose, celui de disposer de son usage, & celui de disposer de son fruit: ce premier droit s'appelle *propriété;* le second, *droit d'usage*, & le dernier, *droit de jouïssance* ou de jouïr du fruit (*). Les deux derniers joints ensemble s'appellent *droit d'usufruit*. Si le domaine n'est restreint par aucun droit qui y soit attaché, il s'appelle *domaine plein*, ou entier, sinon, il s'appelle *moins plein*, ou imparfait. Celui qui a la propriété, s'appelle *propriétaire*, & comme la chose lui appartient en propre, quoiqu'un autre en ait l'usage ou les fruits, il continue à s'appeller *le maître*. On appelle *fruit* ce qui vient d'une autre chose: ainsi les poires, pommes, &c. sont les fruits d'un arbre; les veaux sont les fruits des vaches. (*m*)

Des droits compris dans le domaine, & du fruit des choses.

§. CXCIX.

§ CXCVIII. (*m*) Ce paragraphe donne une idée nette & distincte de la différence qu'il y a entre *domaine* & *propriété*; deux objets que l'on confond assez ordinairement. La propriété est cette partie du droit, appellé *dominium*, qui nous laisse la faculté de disposer de la substance de la chose: & c'est à cause de cela que les Jurisconsultes Romains ont nommé quelquefois le propriétaire, *proprietatis Dominus*. Cette faculté de disposer de la substance uniquement, se découvre dans une infinité de cas répandus dans le Droit Romain. Par ex. au §. 6. de la l. 15. *ff. de usufr. & quemadm.* nous lisons, *Proprietatis Dominus non debebit impedire fructuarium ita utentem, ne deteriorem ejus conditionem faciat:* la raison en est claire: c'est parce que le propriétaire n'a droit qu'à la substance de la chose, & que ce droit reste en son entier, tant qu'on ne touche pas à la substance: & comme ce droit est limité à la substance, & qu'il ne peut être exercé au détriment du fructuaire, l'on voit pourquoi il est dit au §. 7. *eod. Sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius, nec amittere servitutem*; & pourquoi Julien a écrit, *Adquirere plane servitutem eum posse etiam invito fructuario.* Le Jurisconsulte Paul en indique la même raison dans la *l. 16. eod.* par ces paroles: *Nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat. Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet: meliorem facere potest*, dit Ulpien *l. 13. §. 4. eod.* Le *causa proprietatis* désigne manifestement la substance de la chose; tout ce qu'on lit ensuite le prouve également. Ce droit à la substance est aussi nommé *nuda proprietas*, comme l'on voit §. 1. *Inst. de usufr.* Dès que *l'usufruit* se joignoit à cette *propriété nue*, la propriété devenoit complette, & donnoit au propriétaire la faculté, non-seulement de disposer de la substance de la chose, mais de la chose-même: *ex eo tempore, nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem*; c'est-à-dire, que par-là il commençoit à avoir le *dominium*; l'accession de l'usufruit à la propriété, changeant cette propriété en domaine. Il en est de même de l'usage, si celui, à qui une chose appartient, doit souffrir qu'un autre en ait l'usage, son domaine ne sera pas entier & complet; il le deviendra dès que le droit à l'usage s'y joindra.

J'ai dit ci-dessus qu'on confond assez ordinairement la *propriété* avec le *domaine*, & notre Auteur remarque dans son grand ouvrage *P. II. C. II. §. 131.* que Pufendorf & Huber sont tombés dans ce défaut. Voici ce que Pufendorf dit *L. IV. Ch. IV. §. 2* „ *Pour le Domaine ou la Propriété (car nous n'attachons à ces deux termes qu'une seule & même idée) c'est un droit, en vertu duquel le fond & la substance d'une chose appartient à quelqu'un de telle sorte, qu'elle n'appartient à aucun autre, du moins entièrement & de la même maniere.*" Cette définition n'est pas, comme l'on voit, des plus claires. On pourroit demander ce qu'il faut entendre ici par le mot *appartenir*, & quel est le droit qui en résulte? Si ce mot doit désigner la faculté de pouvoir disposer à volonté du fonds ou de la substance d'une chose, il répondra à l'idée de *propriété*; mais si la signification de ce mot emporte à la fois la libre disposition de l'usage & des fruits de ce fonds, ou de cette substance, nous aurons l'idée de *domaine:* or, comme ces deux facultés sont assez différentes, & que d'ailleurs il arrive très-souvent qu'elles se trouvent séparées, la raison dicte, ce me semble, qu'il est très-utile & même nécessaire de les distinguer. *Cette différence ne s'observe pas toujours*, dit Pufendorf; mais est-ce une raison pour la rejetter? *La distinction est trop subtile*, ajoute-t-il: je ne vois pas cette subtilité. Quant au passage de Huber ad *Inst. L. II. S. I. §. 13.* il me semble que les loix, que cet Auteur cite, font plutôt preuve contre lui que pour lui. Que signifie, par exemple, dans la *l. 2. quib. mod. usufr. amitt.* le *plena proprietas*, si ce n'est une distinction de la *propriété*, d'avec la *pleine propriété*,

De la chose d'autrui. §. CXCIX. On appelle *chose d'autrui*, celle qui est dans le domaine d'un autre. *Personne* donc *ne peut disposer à son gré*, *de la substance*, *de l'usage*, *ou du fruit de la chose d'autrui* (§. CXCV. CXCVIII.). Mais comme il est indifférent, que nous fassions une chose par nous-mêmes, ou par un autre, *il est permis de disposer de la chose d'autrui*, *avec le consentement du maître* (§. CXCV.). Et comme le maître peut disposer à son gré de sa chose (ibid.), *il peut* aussi *permettre à d'autres les actes*, *qui appartiennent à l'exercice du domaine.* (*n*)

De la possession. §. CC. La détention d'une chose par quelqu'un, qui la retient comme sienne, soit qu'il la croie sienne effectivement, soit qu'il veuille seulement qu'elle soit à lui

té, ou le *domaine:* car il n'est pas proprement question, si les Jurisconsultes Romains ont désigné quelquefois par différents mots une seule & même idée; mais s'ils ont distingué les objets que ces mots exprimoient: & l'on ne peut, ce me semble, disconvenir qu'ils n'aient adopté la même différence entre le *domaine* & la *propriété*, que notre Auteur attribue au sens de ces deux mots.

§. CXCIX. (*n*) Personne, dit l'Auteur, ne peut disposer à volonté de la substance, de l'usage, & du fruit d'une chose qui appartient à autrui. Il ne le *peut* pas moralement: mais s'il le fait physiquement qu'en résultera-t-il? C'est ce que nous verrons dans la suite. En attendant, je fais cette remarque, pour que l'on fasse bien attention, que le mot *potest* est pris ici dans un sens moral, & désigne le manque d'une faculté morale.

§. CC. (*o*) La définition, que notre Auteur nous donne de la *possession*, savoir que c'est une *Detentio rei tanquam suæ*, établit deux conditions essentielles, sans lesquelles on ne peut pas dire qu'une chose soit possédée: savoir, elle demande que celui, auquel la possession est attribuée, 1. *détienne la chose*, 2. qu'il la détienne *comme sienne ou à lui appartenante. Détenir* marque une position physique, par laquelle on exclut tout autre du pouvoir physique de disposer de la chose. C'est pour cela, qu'au rapport de PAUL, dans la *l.* 1. *ff. de adq. & amitt. rer. poss.* LABEO dit, que la possession est ainsi appellée *a pedibus*, *quasi positio: quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit*; expression sur laquelle le célébre Mr. CANNEGIETER, Professeur en Droit à *Franeker*, fait de très-belles remarques, dans ses *Observat. Juris Rom. Lib.* 1. *C.* XVIII. & XIX. *Détenir comme à soi appartenant*, marque une position ou situation morale, ou la volonté par laquelle on s'attribue une chose comme bien propre. Ainsi, pour qu'on soit dit *posséder*, il faut que l'on soit dans une position physique, qui exclut tout autre du pouvoir physique de disposer d'une chose; & il faut la volonté par laquelle on s'attribue cette chose: d'où il résulte encore que la position physique, requise pour posséder, ne suffit pas seule pour nous donner la possession; & que la volonté seule sans cette action, ne suffit pas non plus: & qu'au contraire celui qui renonce soit à sa position physique, soit à la volonté, perd par cela-même la possession. Confrontons à ces idées les différentes dispositions du Droit Romain; ces idées nous en montreront la source, & nous en fourniront l'explication. C'est parce qu'il faut la position physique & la volonté, que le Jurisconsulte PAUL dit: *Et adipiscimur possessionem corpore & animo*, *neque per se animo*, *neque per se corpore*, *l.* 3. *ff.* §. 1., ce qui est confirmé par le même Jurisconsulte *l.* 8. *eod. Solo animo non posse nos adquirere possessionem*, *si non antecedat naturalis possessio*, disent les Jurisconsultes NERATIUS & PROCULUS, *l.* 3. §. 3. *eod.* en y ajoutant l'exemple suivant, *Ideoque si Thesaurum in fundo meo positum sciam*, *continuo me possidere*, *simul atque possidendi affectum habuero: quia quod desit naturali possessioni*, *id animus implet. Cæterum quod Brutus & Manilius putant*, *eum qui fundum longa possessione cepit*, *etiam thesaurum cepisse*, *quamvis nesciat in fundo esse: non est verum. Is enim qui nescit*, *non possidet thesaurum*, *quamvis fundum possideat.* Ce qui, à certains égards, est vrai: mais si l'on suppose dans celui, qui possede un fonds, la volonté d'avoir à lui tout ce qui se trouve dans ce fonds, soit trésor, soit autre chose, ainsi que cela est assez naturel, ne pourroit-on pas dire, que le possesseur d'un fonds seroit par-là à la fois possesseur d'un trésor, qui se trouveroit dans ce fonds, supposé que ce trésor n'eut pas de maître? peut-être étoit-ce là l'idée de *Brutus* & de *Manilius*, qui semble pourtant manquer de justesse; parce que l'on ne peut pas supposer, que la volonté se porte à tenir une chose comme bien propre, au sujet de laquelle le jugement n'a pu faire aucun choix: il n'en est pas d'un trésor, objet étranger à un fonds, comme d'autres choses, qui ont plus ou moins de liaison ou de rapport à un fonds; comme le seroient des dispositions artificielles, pour faire naître certains fruits. La volonté est censée saisir tout ce qui résulte naturellement d'un objet auquel elle se rapporte; mais on ne peut gueres l'étendre au-delà.

Au reste nous devons nous arrêter un moment au passage, que je viens de citer, de la *l.* 3. Mr. NOODT, célébre Jurisconsulte, homme d'un profond génie, prétend que ce passage n'a aucun sens:

lui, & que les autres le croient, s'appelle *possession*, & celui qui retient une chose dans cette intention, (qu'on appelle intention d'avoir la chose pour soi) s'appelle *possesseur*. Comme donc on dit qu'une *chose* est *en notre puissance*, si nous avons le pouvoir physique d'en disposer à notre gré; c'est *par la possession que la chose est mise en notre puissance*, & par conséquent *le domaine ne peut s'exercer sans la possession* (§. CXCV.). D'où il suit, que *le maître a droit de posséder la chose*. Il paroît encore par la définition, qu'*on ne posséde pas une chose qu'on retient comme chose d'autrui, ou bien comme une chose qui n'est à personne*. (*o*)

§. CCI.

sens: & le corrige de façon à lui faire dire le contraire de ce qu'il me paroît contenir: selon Mr. Noodt ce passage reviendroit à ce raisonnement-ci. *Je ne puis acquérir la possession par la volonté seule: ainsi, j'acquiers un trésor, qui est dans mon fonds, par la volonté seule:* mais c'est là, à ce qu'il me paroît, une absurdité, dont on peut fort bien disculper ce passage. Voici, suivant moi, quel en est le sens. Si déja une chose ne se trouve physiquement en notre pouvoir, (voilà ce que j'entends ici par *naturalis possessio*) nous n'en acquérons pas la possession par la simple volonté: mais si elle est physiquement en mon pouvoir, ce qui a lieu pour un trésor que je sais être dans ma terre, (la connoissance ne donnant point encore la volonté) je continue de la posséder, ou je viens de la posséder, dès que j'ai eu envie de la posséder. Et pourquoi? parce que cette envie, qui manquoit pour completter la possession, qui n'étoit encore que naturelle, qui ne consistoit que dans un pouvoir physique, étant jointe à la possession naturelle, la rend complette: *quia quod desit naturali possessioni, id animus implet.*

Dès là qu'il faut une volonté pour pouvoir posséder, nous voyons pourquoi ceux qui n'ont point de volonté, ou qui sont censés n'en point avoir, ne peuvent pas non plus acquérir des possessions. *Furiosus & Pupillus, sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent. l.* 1. § 3 *ff. eod.* Le mot *incipere* me paroît mieux placé là, que l'*affectio tenendi*, parce que l'*affectio tenendi* leur est supposée, mais non pas la volonté de se porter à de nouveaux objets. La raison pourquoi un Furieux & un Pupille, & tous ceux qui sont sous une espece de tutelle, ne peuvent acquérir de possessions sans l'autorité de leur Tuteur, c'est qu'on les suppose hors d'état de pouvoir juger ce qui leur convient ou ne convient pas, & conséquemment sans la faculté de vouloir: & par la même raison le Jurisconsulte Paul approuve le sentiment d'Ofilius & de Nerva le fils, qui jugent qu'un pupille peut commencer à posséder sans l'autorité du Tuteur; moyennant qu'il soit en âge d'avoir une volonté: *quæ sententia recipi potest, si ejus ætatis sint ut intellectum copiant. l.* 1. §. 3. *eod.* C'est encore sur la même raison qu'est fondée la *l.* 32. *eod.*

Or comme nous pouvons transmettre cette faculté de vouloir à un autre, ainsi que le pouvoir physique d'executer notre volonté, on voit pourquoi on peut acquérir la possession d'une chose par un Esclave. *Item adquirimus possessionem per servum, aut filium, qui in potestate est . . . . quia nostra voluntate intelliguntur possidere, qui eis peculium habere permiserimus.* §. 5. *l.* 1. *eod.* 2. §. 12. *nam per ancillam quin possis nancisci possessionem, non dubitatur* 2. *l.* 4. *eod.* moyennant que l'Esclave ait la volonté de faire cette acquisition. §. 9. *eod. Cæterum & ille, per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi.* La volonté de l'Esclave tenant lieu de celle du Maître, ainsi que nous le voyons au §. 12. *l.* 3. *eod. Cæterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus: sicut diximus per colonum & servum. Nec movere nos debet, quod quasdam* [*res*] *etiam ignorantes possidemus, id est, quas servi peculiariter paraverunt: nam videmur eas eorundem & animo & corpore possidere.* Mais cette volonté doit être droite, comme on le voit à la *l.* 24. *eod.* La raison en est simple: celui dont la volonté représente la nôtre, ne peut être supposé la représenter, qu'autant qu'elle est droite; à moins qu'il n'ait une commission particuliere.

C'est toujours sur les mêmes raisons qu'il est dit dans le §. 20. *l.* 1. *eod. Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis acquiritur*, & que Gajus s'énonce ainsi dans la *l.* 9. *eod. Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator, hospes, amicus, nos possidere videmur. Nam possidet*, dit Celsus *l.* 18. *cujus nomine possidetur. Procurator alienæ possessioni præstat ministerium.* D'où l'on voit que pour pouvoir posséder, par le fait d'autrui, il faut que cet autre agisse en notre nom, sans quoi ce n'est pas notre volonté qui est exécutée: il faut même qu'en exécutant nos ordres, il le fasse pour nous obéir. C'est sur cela qu'est fondé ce que nous lisons §. 19. *l.* 1. *eod. Hæc, quæ de Servis diximus, ita se habent, si & ipsi velint nobis adquirere possessionem. Nam si jubeas servum tuum possidere, & is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi, sed potius Titio adquirere: non est tibi adquisita possessio.* & toutes les autres décisions de la même nature. *l.* 1. §. 20. *eod.* C'est sur les mêmes raisons qu'est fondée la *l.* 34. *eod. tit.*

Mais outre la volonté, il faut le fait, l'action phy-

Du possesseur de bonne foi, & de mauvaise foi.

§. CCI. Si le possesseur croit que la chose est sienne, on l'appelle *possesseur de bon-*

physique: mais quel fait? Un fait qui exprime notre volonté. C'est pour cela que le Jurisconsulte JAVOLENUS dit, *Cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem jura ad nos transeunt: possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet. l.* 23. *in princ. eod.* & c'est pour cela qu'il faut expliquer ce qui est dit *l.* 3. *ff.* §. 7. *&* 8. *eod.* par ce que le Jurisconsulte PAUL dit *l.* 7. *ff. eod.* & par ce que nous trouvons dans la *l. 6. eod.* & dans le §. 2. *l.* 25. *eod.* & dire que quelqu'un conserve la possession d'un fonds par la seule volonté, si un autre s'en est emparé: parce qu'ayant la volonté de conserver le fonds, & par conséquent d'user du pouvoir physique, d'en chasser celui qui s'y est mis; la détention n'est qu'interrompue, & conserve sa force. Nous sommes alors troublés dans la possession; mais nous n'en sommes pas débusqués; & c'est dans ce sens qu'il faut expliquer ce que les Empereurs *Dioclet.* & *Maxim.* décident dans la *l.* 4. *C. de acq. & ret. poss. Licet possessio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retineri potest.* Sans quoi il faut admettre ce qui est dit au §. 9. *l.* 3. *ff. eod. Nam constat possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi dejecti fuerimus:* là, où suivant la *l.* 17. *eod. Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet, ac si possideret: cum Interdicto* de vi *recuperandæ possessionis facultatem habet.* Observons encore que l'acte physique, qui concourt à nous donner ou à nous conserver la possession d'une chose, ne consiste pas essentiellement dans une saisie, de maniere qu'on soit dans le cas de saisir la chose, ou de la faire saisir: il suffit que nous exercions un acte physique, qui mette la chose sous nos soins, sous notre protection & défense; de façon que celui, qui s'en empareroit, pourroit en être chassé: en un mot, il suffit que nous soyons dans une position physique, pour disposer physiquement de la chose à notre gré; d'où il paroît encore, que cette disposition demande une certitude morale, de pouvoir se saisir & s'emparer de la chose, qui a été soustraite à notre puissance, pour qu'on puisse dire, par exemple, qu'on conserve la possession d'un fonds, quoiqu'on en ait été chassé par violence: car c'est sur cette certitude morale qu'est fondée la possession des choses, qui d'un moment à l'autre peuvent nous être enlevées; c'est sur elle qu'est fondée en particulier la décision, que l'on trouve au §. 11. de la 3. *l. eod. Saltus hybernos æstivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus*; & ce qu'on lit sur la fin de la *l.* 44. & la *l.* 45. *&* 46. de même que ce que l'on trouve dans la *l.* 25. *ff. eod.* C'est ainsi encore, que l'action physique d'enfouir un trésor & de le cacher, considérée comme un moyen pour empêcher qu'un autre ne s'en saisisse, conserve la possession à celui qui le cache; ainsi que nous le voyons décidé par PAPINIEN dans la 44. *l. ff. in princ.* Voilà encore pourquoi NERVA le fils dit au §. 13. *l.* 3. *eod. res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri: id est, quatenus* [*si*] *velimus naturalem possessionem nancisci* [*possimus*]. Remarquez cette expression du Jurisconsulte NERVA: *si velimus.* Elle désigne parfaitement la certitude morale dont nous venons de parler; & sert à expliquer de la même maniere toutes les autres décisions de même nature: il suffit d'un acte physique qui exprime notre volonté, & qui mette la chose sous notre pouvoir. Mr. CANNEGIETER remarque très-bien, dans l'endroit que j'ai cité ci-dessus, que le *pedis sessio*, dont le mot possession a pris son origine, revient à l'idée d'avoir en son pouvoir, en sa puissance, *in potestate habere*, n'importe par quels moyens. Or, comme nous pouvons nous trouver dans la position ou situation requise pour la détention, dans le tems qu'on nous cede une chose, on voit pourquoi dans plusieurs cas la possession semble pouvoir s'acquérir par la seule volonté, *solo animo*; bien que cela ne soit pas exactement vrai. Et c'est-là la raison de ce que CELSUS dit *l.* 18. §. 2. *ff. eod. Si venditorem, quod emerim, deponere in domo mea jusserim: possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit. aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret, vacuamque se possessionem tradere dicat: non minus possidere cœpi, quam si pedem finibus intulissem.* Car cela ne veut pas dire, ainsi que le prétend Mr. NOODT, que la position s'acquiert dans ce cas par la seule volonté; cela marque uniquement qu'on peut acquérir par la seule volonté, quand on se trouve déjà dans la position physique de pouvoir détenir: parce que dès le moment, que celui qui nous montre un fonds de terre, nous dit qu'il nous le transmet, la volonté de l'acceptant a son plein effet, s'il se trouve dans la position physique de pouvoir détenir ce fonds, & sa volonté a alors le même effet, que s'il y avoit mis les pieds; pourquoi? parce qu'il se trouve dans le cas de pouvoir y mettre les pieds, quand il le veut. C'est ainsi que le pouvoir physique de s'emparer & de saisir, est considéré comme une saisie actuelle & réelle. La raison en est simple; c'est qu'on ne peut pas détenir toutes les choses de la même maniere. L'acte physique, par lequel on détient, varie, & doit varier, suivant la nature des choses qu'on veut détenir. C'est sur cela que sont fondées ces paroles de LABEO, *l.* 51. *ff. eod. Quarumdam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero, & eum venditor tollere me jusserit: simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. Idem juris esse vino vendito, cum universæ amphoræ*

bonne foi; par conséquent *s'il possède la chose d'autrui, il ignore qu'elle soit à autrui.* S'il

ræ vini simul essent. Sed videamus (inquit) ne hæc ipsa corporis traditio sit: quia nihil interest, utrum mihi, an cuilibet jusserim, custodia tradatur? On ne peut saisir un monceau de bois par piéces, ni des barriques de vin goutte à goutte: comme l'on saisiroit piéce par piéce des pierres précieuses, répandues & trouvées çà & là sur un rivage, ou comme l'on saisit des animaux qu'on tue à la chasse: & c'est par cette raison que le Jurisconsulte PAUL dit au §. 21. de la *l.* 1. *ff. de acq. vel am. poss. Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in præsentia sit: videri [mihi] traditam Priscus ait. idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare: non est enim corpore & actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis & affectu. & argumento esse eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas: nam pro traditis [eas] haberi, si in re præsenti consenserint, & vina tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emptori traditæ fuerint:* car il ne faut pas confondre la volonté *de saisir*, avec la volonté d'avoir *comme sien*, ainsi que semblent le faire ceux qui de ces passages concluent, qu'on peut acquérir la possession par la simple volonté. Ainsi je ne vois pas pourquoi il faudroit lire dans le passage que je viens de citer, *corpore & tactu* au lieu de *corpore & actu*, comme le prétend Mr. FABER, approuvé par Mr. NOODT. L'expression est naturelle: il n'est pas nécessaire, dit le Jurisconsulte, qu'on se saisisse d'une possession, corporellement & réellement: il suffit d'une action physique quelconque, qui mette la chose physiquement à notre disposition, comme l'est la tradition des clefs d'une cave: & il suffit que les parties admettent cette action, pour tenir lieu d'une saisie corporelle & réelle.

Les Jurisconsultes Romains ne manquoient pas de pénétration ni de subtilité: en voici une marque. Nous perdons la possession de ce qu'on nous vole ou enleve de force: on perd aussi la possession d'un animal, qui se soustrait de notre pouvoir, de façon que nous ne pouvons plus le saisir, & qu'il est incertain, si jamais nous le retrouverons: mais perd-on la possession d'un Esclave, qui s'enfuit? Le Droit Romain décide que non. Pourquoi? Parce qu'un Esclave, qui nous vole une chose, n'acquiert pas pour lui, mais pour nous: ainsi nous conservons la possession de la chose volée. S'il déserte, il fait un vol de sa propre personne: ce vol ne nous enleve pas sa personne, parce qu'il ne peut acquérir que pour nous: donc la possession nous reste: & *hæc ratio est, quare videamur fugitivum possidere: quod is, quemadmodum aliarum rerum possessionem intervertere non potest, ita ne suam quidem potest. l.* 15. *ff. eod. in fin.* Mais cette décision suppose que la volonté suffit pour conserver la possession, ce qui n'est vrai qu'autant que nous avons le pouvoir physique de faire valoir cette volonté; raison pourquoi nous lisons au §. 10. *l.* 3. *eod.* que le Maître ne possède pas l'Esclave, si l'Esclave a été longtemps en liberté: un Esclave qui s'enfuit, est censé demeurer sous la puissance civile, qui le retient dans notre possession: cette puissance civile s'arrête, lorsqu'il nous conteste son esclavage juridiquement: & qu'il a été long-temps en liberté. *l.* 15. §. 1. *ff. de usurp. & usuc.*

Puisque la possession consiste dans la détention d'une chose comme étant nôtre, & que plusieurs personnes peuvent avoir la volonté de détenir une chose, comme à elles appartenant, & un pouvoir physique pour la détenir, il en résulte que plusieurs peuvent posséder une chose en commun, & que deux ou plusieurs ne peuvent la posséder séparément, en entier; parce que deux ou plusieurs peuvent bien avoir la volonté de détenir une chose comme un bien propre, mais elles ne peuvent pas avoir séparément le pouvoir physique d'exclure tout autre de la détention. Et c'est sur ce fondement que le Jurisconsulte LABEO rejette l'opinion de deux autres Jurisconsultes, qui prétendoient qu'une chose pouvoit avoir deux possesseurs, l'un de droit l'autre sans droit: *quoniam* (dit LABEO) *in summa possessionis non multum interest, juste quis, an injuste possideat. quod est verius:* ajoute le Jurisconsulte PAUL, *non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto; vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. l.* 3. §. 5. *ff. de adq. v. am. rer. poss.*

Du reste, si on lit les Auteurs qui ont travaillé à éclaircir cet article du Droit Romain, on trouvera bien de l'obscurité dans leurs éclaircissements, & une diversité d'opinions très-embarrassante, pour ceux qui aiment à savoir à quoi s'en tenir. La raison en est qu'on ne trouve point dans le Droit Romain aucune définition de la possession; & les Jurisconsultes Romains ont dû parler en quelque façon différemment, suivant le plus ou moins d'étendue qu'ils donnoient à l'acte physique, requis pour pouvoir détenir. Un Enfant, par exemple, nous enleve une montre, seulement pour badiner. Nous ne la détenons plus: nous ne l'avons plus en notre puissance: en avons-nous perdu pour cela la possession? Si la possession exige que nous ayions actuellement la chose en notre puissance, il faut dire que l'acte de cet Enfant nous ôte la possession; & de cette façon nous ne pourrions posséder, que ce que nous pourrions avoir dans une puissance continue & actuelle, soit par nous-mêmes, soit par d'autres. Mais comme il est impossible à l'homme d'avoir continuellement sous sa puissance ce qui est à lui, ou ce qu'il veut qu'on

S'il fait qu'elle est à autrui, & que par conséquent il n'en est pas lui-même le maître (§. cxcix.), & s'il veut cependant passer pour tel, on l'appelle *possesseur de mauvaise foi.* Il paroît donc, que *le possesseur de bonne foi devient possesseur de mauvaise foi aussi-tôt qu'il sait que la chose qu'il possède est la chose d'autrui.* Comme le droit de posséder appartient au maître seul (§. cc.), il paroît de plus, que *le pos-*

qu'on regarde comme à lui appartenant, & qu'il n'y auroit en ce cas point de possession, il a fallu limiter l'idée de la puissance ou pouvoir physique de tenir réellement & actuellement la chose, ou de la recouvrer si elle est sortie de cette puissance, à la certitude morale de pouvoir s'en saisir, quand on voudroit: & c'est sur ce pouvoir physique, sur cette puissance qu'est fondée la raison des décisions, que nous trouvons aux *l.* 3. §. 11. *l.* 44. *in fin.* 45. *&* 46. *ff. de acq. v. am. poss. l.* 1. §. 25. *ff. de vi & de vi arm.* & celle de ces autres décisions, par lesquelles on perd la possession, par un vol; en faisant tomber une pierre précieuse dans l'eau; en jettant des marchandises dans la mer pour alléger un navire; ou bien lorsqu'un Vaisseau fait naufrage: dans tous ces cas & dans les cas semblables, on perd la certitude morale de pouvoir employer avec succès l'action physique, requise pour conserver la possession.

Nous devons encore faire ici une observation, sur ce que les Jurisconsultes Romains ont pu entendre par l'expression *naturalis possessio*, parce que les Interprêtes ne paroissent pas nous en donner l'idée la plus claire & la plus nette. Ordinairement ils l'expliquent par la saisie corporelle; c'est-à-dire, par l'usage physique de notre pouvoir pour détenir: mais il me semble, que cette interprétation ne rend pas tout-à-fait l'idée, que vraisemblablement les Jurisconsultes Romains ont attachée à ce qu'ils nommoient *possession naturelle.* On sait que dans le Droit Romain, l'homme est considéré sous deux points de vue différents: savoir relativement à ce qu'il a de commun avec les animaux, savoir l'instinct; & relativement à ce qu'il a de plus que les animaux, savoir la *rationalité.* Ils ont nommé en conséquence *droit naturel*, tout ce à quoi l'homme pouvoit être porté justement par son *instinct*, abstraction faite de la *rationalité:* & le reste est nommé droit des gens, ou droit civil. En suivant ces idées que sera la *possession naturelle*? Une saisie d'une chose, accompagnée d'un simple savoir qu'on saisit; car c'est jusques-là que l'instinct est censé nous porter: dès que la volonté y participe l'acte de l'entendement dévient rationel. Celui qui en doute, n'a qu'à faire attention aux paroles d'Ulpien *l.* 12. *ff. de adq. vel am. possess.* citées par Mr. Noodt pour faire sentir, ce qu'il faut entendre proprement dans le Droit Romain par *naturalis possessio. de usufr. Lib.* 1. *C.* 3. p. 327. Celui donc qui possede un fonds, & qui sait que dans ce fonds est un trésor, le détient; puisqu'il ne l'ôte, ni qu'il ne le jette pas: en un mot parce qu'il ne s'en défait pas. Mais il ne le regarde pas non plus comme le sien: cet *animus sibi habendi* manque à son acte, pour en faire une possession; & c'est, si je ne me trompe la raison qui fait dire à Neratius & Proculus: *continuo possidere, simul atque possidendi affectum habuero: quia, quod desit naturali possessioni, id animus implet: l.* 3. §. 3. *eod.* & ce que le Jurisconsulte Paul dit: *Solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio.* Preuve que l'expression de *naturalis possessio* doit être entendue dans ce sens, & que les Jurisconsultes Romains n'ont pas désigné par elle une simple saisie corporelle, c'est que si la détention ou saisie corporelle eût été la possession naturelle, ils auroient dû adjuger la possession naturelle d'une chose, à celui qui dans le sommeil, dans l'ivresse, dans la démence, s'en seroit saisi: ce qu'on ne trouve pourtant nulle part enseigné. De cette observation il en résulte une autre, c'est que notre *affectus*, notre *animus habendi*, notre volonté doit, dans l'état civil, être conforme au droit civil, & c'est pour cela que la volonté, venant à se joindre à la *possession naturelle*, la rend, suivant l'esprit du Droit Romain, de naturelle qu'elle étoit, civile: voici l'effet qui résulte de cette accession, c'est que, comme l'état naturel ne nous donne que l'usage de nos propres forces, l'état civil nous accorde la force publique.

Il faut donc dans cette matiere faire attention à deux choses. Premiérement, que la volonté est une simple détermination de notre entendement, & que la maniere de la mettre physiquement en exécution varie, & doit varier suivant les différents objets, auxquels elle se porte; qu'ainsi l'acte physique, par lequel on peut acquérir ou conserver la possession des choses, doit varier suivant la différence des choses, dont on veut acquérir ou conserver la possession. On détient un cheval en le mettant dans son écurie: on détient une maison en y demeurant, ou en la louant: on détient un fonds de terre en le faisant labourer, & en en faisant recueillir les produits. On détient un animal domestique en l'apprivoisant. Une Puissance détient une Colonie, en y entretenant des troupes: tous ces actes sont différents, & ont pour but d'exclure tout autre du pouvoir physique de disposer de la chose qu'on détient. En second lieu, il faut remarquer, que dans l'état naturel nous n'avons que nos propres forces, qui nous mettent

possesseur de bonne foi, aussi-bien que le possesseur de mauvaise foi, posséde sans aucun droit; & comme encore il ne peut disposer à son gré de la chose qu'il posséde (§. CXCIX.); *tous les actes qu'il fait, appartenant à l'exercice du domaine, sont illicites* (§. CXCV.) *& sont une injure* (§. LXXXVII.), *qui cependant ne doit pas être imputée au possesseur de bonne foi, à cause de son ignorance invincible* (§. XXXIV.) (*p*)

§. CCII.

tent dans la position physique, requise pour posséder: dans l'état civil la puissance civile supplée à ce qui nous manque, & dans cet état nous avons une force infinie, pour exclure tout autre de disposer d'une chose, dont la possession nous est due: & cela nous donne la possession réelle, comme on peut le voir à la *l.* 17. *ff. de adq. vel adm. poss.* que j'ai déjà citée. C'est pour cela, par exemple, que celui qui dans l'état naturel me vendroit ou donneroit un fonds de terre, que faute de moyens, je ne pourrois pas détenir, ne m'en rendroit pas possesseur, soit qu'il me fit mettre les pieds sur cette terre, soit qu'il me la montrât du haut d'une montagne, parce que cette terre passeroit au premier qui voudroit s'en emparer; mais il n'en est pas ainsi dans l'état civil, parce que cet état me donne la puissance physique, nécessaire pour *détenir*; & c'est pour cela que dans le droit civil le droit à la possession y est considéré souvent comme une possession actuelle; & que les Auteurs confondent si souvent ce droit avec la possession actuelle. Lorsqu'il s'agit de possession en général, il faut faire abstraction de tout droit; ainsi que le Jurisconsulte Labeo le fait sentir par ces paroles: *in summa possessionis, non multum interest juste quis an injuste possideat.* Remarquons encore que le mot *possessio* est employé dans un sens impropre, soit pour marquer l'usage d'une chose, le droit que l'on a sur une chose, &c. Voyez l'Ouvrage que j'ai cité de Mr. Cannegieter.

§. CCI. (*p*) Suivant le Droit Romain celui qui ignore que la chose appartient à autrui, est reputé possesseur de bonne foi. *arg. l.* 3. *ff. pr. ad leg. fab. de plag.* & il est reputé possesseur de mauvaise foi, dès qu'il fait que la chose appartient à un autre. *arg. l.* 38. *ff. de usurp. & usuc.* Et ces idées répondent parfaitement aux définitions que notre Auteur donne du possesseur de bonne, & du possesseur de mauvaise foi. J'ai cependant quelques remarques à y faire. Notre Auteur fait dans ce paragraphe une opposition entre les deux caracteres du possesseur de bonne foi, & du possesseur de mauvaise foi, qui ne me paroît pas juste. Relativement au possesseur de bonne foi, il se sert du mot *croire* (*putat*), & veut que le possesseur le soit de bonne foi, dès qu'il croit que la chose est à lui; mais relativement au possesseur de mauvaise foi, il se sert du mot *savoir* (*novit*), & veut qu'un possesseur de mauvaise foi le soit, s'il *sait* que la chose n'est pas à lui. Cela ne me paroît pas exact. Celui qui posséde est dans l'idée, que la chose lui appartient ou ne lui appartient pas, ou en doute. S'il est dans l'idée que la chose lui appartient, il ignore qu'elle soit à un autre, & se trompe. Cette erreur ôte le vice moral de son action, qui le rendroit possesseur de mauvaise foi. S'il est dans l'idée que la chose appartient à un autre, il ignore qu'elle est à lui: cette erreur produit un vice moral dans son action, qui le rend possesseur de mauvaise foi. Conséquemment il ne s'agit pas ici d'une *certitude*, mais de l'*idée*, dans laquelle le possesseur est au sujet de l'acte qu'il fait. De plus, notre Auteur fait consister le caractere du possesseur de mauvaise foi, non pas seulement dans l'acte de posséder une chose, qu'il *sait* appartenir à un autre, mais il semble encore exiger dans cet acte la volonté, d'être tenu pour *maître* (*dominus*); & cela me paroît aussi manquer d'exactitude. *Titius a* (qu'on fasse attention que je me sers ici du mot *avoir* dans le sens propre qu'il a, & non pas comme on s'en sert quelquefois pour celui de *posséder*) un Livre qui appartient à *Sempronius*: il le fait: il ne l'a point en gage, ni à quelque autre titre qui lui permette de l'avoir; il le garde pourtant sans en instruire *Sempronius*, avec lequel il a des liaisons familieres: cependant *Titius* n'est pas décidé s'il le veut retenir toujours: il balance s'il le rendra ou non: sa volonté est indéterminée: en attendant il seroit fâché de donner quelque marque, par laquelle on pût soupçonner qu'il se l'approprie: il ne veut pas qu'on croye que ce Livre lui appartient. *Titius* est-il possesseur de mauvaise foi, ou non? Je réponds qu'oui, parce que *Titius* détient un bien comme sien, qu'il sait ou qu'il suppose ne pas lui appartenir; & que *détenir comme sien* n'emporte pas toujours l'acte de vouloir être tenu pour maitre (*dominus*), mais uniquement la volonté d'en disposer à son gré; quelle que puisse être à tout événement la détermination de sa volonté. Ainsi il suffit qu'un possesseur, pour être dit possesseur de mauvaise foi, ait cette volonté, avec la connoissance ou l'idée que la chose ne lui appartient pas.

C'est visiblement pour qu'on ne comprenne pas dans la classe des possesseurs de mauvaise foi, celui qui auroit le bien d'autrui, sachant que ce bien ne lui appartient pas, sans avoir cependant la volonté de se l'approprier, que notre Auteur ajoûte *& qui cependant veut être tenu pour tel:* mais il me semble que la signification du mot *posséder, détenir comme sien*, prévient la difficulté. D'ailleurs un possesseur de bonne foi, un possesseur

Du bon usage & de l'abus du Domaine. §. CCII. Le bon usage d'un droit est celui que les devoirs exigent, celui qui y est contraire est un abus (§. LXVI.). C'est pourquoi aussi *celui qui a le domaine d'une chose ne doit pas en user autrement que ses devoirs ne l'exigent; l'abus en est naturellement illicite; & cependant vous devez le permettre*, &, par conséquent, *ne pas l'empêcher, tant qu'on ne fait rien contre votre droit* (§. LXXVIII.).

Choses abandonnées. §. CCIII. On dit qu'une *chose* est *abandonnée*; si simplement son maître ne veut pas qu'elle soit plus long-temps sienne, c'est-à dire, que l'acte de sa volonté ne contienne rien de plus que ceci, que la chose ne doit plus être à lui (*). D'où il paroît, que *celui qui abandonne une chose cesse d'en être le maître* (§. CXCV. CXCVIII.), & que par conséquent *une chose abandonnée devient une chose qui n'est à personne* (§. CXCI.), mais qu'*aussi long-temps que le maître n'a pas l'intention d'abandonner sa chose, il en reste le maître.* (q)

§. CCIV.

seur à juste titre peut se trouver dans le cas de ne pas vouloir qu'on le considere comme maitre d'une chose : ainsi la volonté du possesseur à cet égard n'entre pour rien dans le véritable sens du mot *posséder:* il suffit d'un acte physique, par lequel on *détienne* la chose, & d'un acte moral, par lequel on la *détienne comme à soi appartenant*. Or dès là qu'un possesseur est dans l'idée ou sait qu'une chose ne lui appartient pas, qu'il sait ou croit savoir à qui elle appartient, & qu'il délibere s'il la rendra ou non, il la détient comme un bien propre: & c'est cela qui le rend possesseur de mauvaise foi, & non pas la volonté d'être tenu pour maitre d'une chose, qu'il sait appartenir à un autre. Détenir comme sien, ou comme à soi appartenant, ne renferme pas essentiellement cette volonté, quoiqu'elle puisse en être une conséquence.

L'idée qu'une chose ne nous appartient point, & l'acte de détenir cette chose comme bien propre, sont donc les deux caracteres par lesquels il faut juger, si un possesseur l'est de bonne ou de mauvaise foi; ainsi dès qu'on ignore qu'une chose ne nous appartient pas, ou qu'on ne la détient pas comme à soi appartenant, on est possesseur de bonne foi; & on devient possesseur de mauvaise foi dès le moment qu'on se persuade qu'une chose, que nous détenons comme bien propre, ne nous appartient pas. On n'a qu'à jetter les yeux sur les différentes décisions des Jurisconsultes Romains, pour se convaincre qu'elles sont toutes fondées sur les mêmes principes. Par exemple: c'est parce que les actes commis par quelqu'un, qui ignoroit qu'un bien, qu'il possédoit, ne lui appartenoit pas, ne peuvent pas lui être imputés, comme à un possesseur de mauvaise foi, que MARCIEN dit dans la *l.* 3. *ff. ad leg. fab. de plag. Legis Fabiæ crimine suppressi mancipii bona fide possessor non tenetur: id est, qui ignorabat servum alienum, & qui voluntate domini putabat id eum agere, & ita de* bonæ fidei possessore *ipsa Lex scripta est : nam adjicitur, si sciens dolo malo hoc fecerit.* Celui qui croit que les Loix lui défendent la possession d'une chose, ne peut pas être dans l'idée que la chose, qu'il détient, lui appartienne; là où celui qui reçoit quelque chose d'un autre, qu'il juge pouvoir la lui faire acquérir, peut se trouver dans cette idée: & voilà pourquoi le Jurisconsulte POMPONIUS dit *l.* 32. §. 1. *ff. de usurp. & usuc. Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere: dicendum est, etiam si erret, non procedere tamen ejus usucapionem: vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in jure erranti non procedat usucapio;* & le Jurisconsulte GAJUS *l.* 38. *eod. Quam rem ipse quidem non potest usucapere: quia intelligit alienum se possidere, & ob id mala fide possidet: sed si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit is usucapere ; quia neque vi possessum, neque furtivum possidet.* De-là encore les distinctions quant aux restitutions à faire, soit par un possesseur de bonne foi, soit par un possesseur de mauvaise foi, & dont nous parlerons plus amplement aux §§. CCLXXII. & suiv.

Il paroît, dit notre Auteur, que le possesseur de bonne foi devient possesseur de mauvaise foi, dès qu'il sait que la chose n'est pas à lui; on pourroit dire avec plus de raison, *dès le moment qu'il se persuade que la chose n'est pas à lui*: c'est sur ce principe qu'il est statué par le Senatusconsulte, dont il est parlé dans la *l.* 20. *ff. de hered. pet.* qu'on devient possesseur de mauvaise foi, dès que la contestation est formée. *Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est, cum primum aut denunciatum esset ei, aut literis, vel edicto evocatus esset, censuerunt.* Ce qu'ULPIEN explique dans le §. 11. *Petitam autem hereditatem &c.* [*id est, ex*] *quo quis scit à se peti: nam ubi scit, incipit esse malæ fidei possessor, id est, cum primum aut denunciatum esset.* Dans le §. 7. *l.* 25. *eod.* le même Jurisconsulte nous fait voir, qu'il suffit d'une dénonciation, d'un avis, d'une interpellation, si l'on n'y satisfait pas *Post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse, quinimo, post controversiam motam. Quanquam enim litis contestatæ mentio fiat in Senatusconsulto, tamen & post motam controversiam omnes possessores pa-*

§. CCIV. On dit que quelqu'un *jette sa chose*, lorsque sans être pressé par quelque devoir, sans nécessité, sans utilité, il ne veut plus qu'elle soit sienne (†). Comme il est certain que les hommes, à moins qu'ils ne soient privés de l'usage de la raison, aiment leurs choses, & ne veulent pas sans sujet, qu'elles soient à un autre; dans les cas douteux *personne n'est présumé jetter sa chose.* *Choses jettées.*

§. CCV. Puisque par la perte de la possession, la chose est seulement ôtée du pouvoir du maître, en sorte qu'il ne peut exercer son domaine (§. cc.), mais qu'il ne s'ensuit pas de-là qu'il ne veuille plus que la chose soit sienne; il paroît que, *par la perte de la possession, l'on ne perd pas le domaine, mais on le retient par la seule intention* (§. CCIII.); par conséquent *on retient le droit de posséder* (§. cc.). (*r*) *De la perte de la possession.*

§. CCVI.

pares fiunt, & quasi prædones tenentur. Et hoc jure hodie utimur: cœpit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur. La raison de cette disposition est très-simple: on ne peut pas lire dans l'ame des hommes: celui donc qui a été appellé en justice, ou qui même a été amicalement interpellé, pour cause d'un bien qu'il possede à tort, doit être censé savoir qu'il le possede à tort. Mais comme il se pourroit qu'on doutât, si au tribunal civil, celui, auquel on n'a pas fait une dénonciation, ou qui n'a pas été interpellé, devroit être tenu pour un possesseur de mauvaise foi, bien qu'il fût que la chose ne lui appartînt pas; Ulpien ajoûte encore dans le §. 11. *l.* 20. *eod. Quid ergo, si scit quidem, nemo autem ei denunciavit? an incipiat usuras debere pecuniæ redactæ? & (puto) debere: cœpit enim malæ fidei possessor esse.* La raison en est que ce n'est pas l'acte de dénoncer, qui rend quelqu'un possesseur de mauvaise foi; mais c'est la connoissance qu'il acquiert par-là, s'il ne l'a pas déjà, qui le rend tel: car l'acte de dénoncer ne sert que de preuve, pour constater la connoissance qu'un possesseur a eue, & pour prévenir l'exception d'ignorance: de sorte que si l'on peut prouver d'ailleurs, qu'un possesseur a su que la chose ne lui appartenoit pas, il doit être condamné, comme un possesseur de mauvaise foi, bien qu'on ne lui ait point fait d'insinuation: & d'un autre côté, si l'insinuation a déjà été faite, & que cependant il n'en a pas eu connoissance, il n'est pas censé être possesseur de mauvaise foi ainsi qu'Ulpien l'enseigne dans la suite de son interprétation. (*Sed*) *ponamus denunciatum esse, non tamen scit; quia non ipsi, sed procuratori ejus denunciatum est: Senatus ipsi denunciari exigit. & ideo non nocebit: nisi forte is, cui denunciatum est, eum certioraverit; sed non si certiorare potuit, nec fecit.* Tout revient, comme l'on voit, à la connoissance que le possesseur doit avoir eue.

Je dois observer encore que dans les passages, que j'ai cités ci-dessus de Pomponius, ce Jurisconsulte se sert du mot de *putare*, de celui d'*intelligere*, donnant à connoître qu'il suffit qu'on soit dans l'idée, n'importe bien ou mal, qu'on possede à tort pour être réputé Possesseur de mauvaise foi. Dans le Sénatusconsulte le mot *scire* est employé; *Item eos, qui bona invasissent, cum* SCIRENT: Ulpien conserve le mot *scire* dans son Commentaire. De-là on pourroit demander, si le mot *scire* doit être pris ici dans le sens de *putare*, *intelligere*, *existimare*, le dernier de ces mots étant même employé dans le Sénatusconsulte; ou bien s'il faut l'interprêter par une *certitude?* A considérer ce qui rend l'action du Possesseur moralement vicieuse, il me semble que le mot *scire* n'a ici d'autre signification, que celui d'être dans l'idée. Car supposons que quelqu'un fût interpellé pour restituer une possession, [voici le mot de *possession* employé pour la *chose possédée*, comme elle l'est quelquefois en latin, ainsi que je l'ai remarqué sur la fin de la note précédente,] & qu'il crut qu'elle ne lui appartenoit pas, il seroit un possesseur de mauvaise foi, bien qu'il consteroit ensuite qu'elle lui appartînt; suivant ce que j'ai observé ci-dessus.

§. CCIII. (*q*) Ce que l'Auteur dit à la fin de ce paragraphe n'est pas universellement vrai; à moins qu'on ne dise que celui qui se voit échapper un animal féroce, perd la volonté de le conserver: car si la nature nous donne le droit de nous approprier un animal féroce par la saisie, cette même nature nous en ôte le droit par un effet contraire, par la fuite de l'animal. Cette fuite le remet dans la classe des choses communes: desorte que nous n'avons pas plus de droit sur un animal féroce, qui se sera mis en liberté, que nous n'en avions sur lui avant de l'avoir pris.

(*) Ainsi l'on dit que quelqu'un jette son argent, quand il paie d'abord le prix qu'on lui demande pour une chose, qu'il auroit pu avoir à meilleur marché; mais on ne dit pas qu'on le jette, quand on le donne à un pauvre; & des marchandises, dont on décharge un vaisseau dans une tempête, ne sont pas des choses jettées dans le sens dont il s'agit ici. R. d. T.

(†) Sans qu'il veuille qu'elle soit à tel ou tel autre: ce qui distingue l'abandon, d'avec un présent & une vente. R. d. T.

§. CCV. (*r*) On a vu par ce que nous a-

Du domaine sur les choses incorporelles. §. CCVI. Puisque nous pouvons aussi disposer à notre gré des choses incorporelles, telles que sont les droits qui nous appartiennent, le droit de chasse, de pêche par exemple (§. CXXI.), *les choses incorporelles peuvent* donc aussi *être dans le domaine*, & par conséquent, *lui être soumises* (§. CXCV.). Par cette raison elles peuvent être appellées nôtres, aussi-bien que les choses corporelles, & les mêmes regles qui ont lieu par rapport à celles-ci en vertu du domaine, ont aussi lieu par rapport à celles-là. (*s*)

Des biens. & du patrimoine. §. CCVII. Les choses, qui sont dans le domaine, considérées dans leur tout, sans faire attention à leurs différences, s'appellent *biens*. Ainsi *nous pouvons compter parmi nos biens les choses incorporelles, ou nos droits* (§. CCVI.); & *même les choses qui nous sont dues par les autres; mais non pas les choses d'autrui, qui se trouvent dans le nombre des nôtres, & si nous avons des dettes, il ne faut compter pour nos biens que ce qui reste après les avoir déduites.* La totalité de tous les biens s'appelle *patrimoine*, qu'on dit *ample* ou *mince*, selon qu'il contient beaucoup ou peu de biens.

Du soin du patrimoine. §. CCVIII. Le patrimoine appartient donc à l'état extérieur de l'homme (§. VIII. CCVII.). C'est pourquoi, puisque nous sommes obligés à perfectionner aussi notre état extérieur, autant que nous le pouvons (§. XLIII.), *nous sommes obligés à conserver notre patrimoine, & à l'augmenter autant que nous le pouvons. Personne* donc *ne doit dissiper son patrimoine*, ou le diminuer en en abusant, *ni* par conséquent, *dissiper ses biens* (§. CCVII.). On peut même conclure de-là, que *celui qui a un ample patrimoine ne doit pas rester absolument dans l'oisiveté.* Il reste soumis à l'obligation naturelle, qui impose à tous la nécessité de travailler, & n'accorde à personne la liberté de vivre dans l'oisiveté (§. CXXIV.); ce qui paroît encore par l'immutabilité de cette obligation (§ XXXVIII. XLII.). Puisque abandonner (§. CCIII.) ou jetter son bien (§. CCIV.) est une chose qui répugne à l'obligation de conserver son patrimoine, *il n'est pas conforme à la loi naturelle de jetter ou d'abandonner témérairement son bien.*

CHA-

vons ajouté au §. CC. que l'idée de possession comprend si manifestement celle d'un acte physique, par lequel on détienne une chose, ou qu'on soit en état de la détenir lorsque l'on veut, ainsi que s'expliquent les Jurisconsultes Romains, que la simple volonté ne suffit pas, ni pour acquérir ni pour conserver la possession. Il n'en est pas ainsi du domaine: le domaine est un droit; conséquemment une faculté morale, inhérente à celui qui a un domaine, de façon qu'elle ne peut se perdre que par l'effet de sa volonté: & c'est pour cela que la possession perdue, celui qui veut conserver le domaine, le conserve par l'acte simple de sa volonté. Il est bon de remarquer que c'est sur le principe établi dans ce paragraphe, qu'est fondée la doctrine de *rei vindicatione:* & nous y ajouterons encore une réflexion, relative à la démonstration que l'Auteur en donne. Il dit, que nous ne perdons pas le domaine en perdant la possession, & qu'on le conserve par la seule volonté: voilà deux propositions, *ne pas perdre le domaine par la perte de la possession*; & *retenir le domaine par la seule volonté*: la premiere est universellement vraie, mais la seconde l'est-elle bien? Voyons: l'Auteur la déduit du §. CCIII. dans lequel il a conclu, qu'aussi long-temps que quelqu'un n'a pas la volonté d'abandonner une chose, il en demeure le maître: c'est-à-dire, qu'une chose étant une fois au nombre de nos biens, elle ne peut pas en sortir sans notre consentement; le mot de *pouvoir* pris dans un sens moral. Mais d'où résulte cette proposition? uniquement de ce que le maître a seul le droit de disposer à son gré de son bien. Mais ce droit authorise-t-il bien cette conclusion (§. CXCV.)? On entend par droit une faculté morale d'exercer des actes physiques, auxquels d'autres n'ont pas droit de s'opposer (§. XLVI. & L.) Supposons donc que d'autres s'opposent aux actes physiques que nous voulons commettre, supposons qu'il nous les rendent physiquement ou moralement impossibles, notre volonté ne pourra plus s'y porter, non plus qu'à conserver le domaine sur un animal féroce, qui aura trouvé le moyen de gagner les bois. Dans ces cas nous sommes obligés de renoncer à la faculté morale, que nous avions, parce que cette faculté

a

CHAPITRE II.

De la maniere primitive d'acquérir le domaine des choses. (†)

§. CCIX. Chacun a droit naturellement à l'usage nécessaire des choses (§. CLXXXIII. CLXXXVIII.), & leur usage, auparavant commun, devient propre à celui qui, dans le dessein de s'en servir, les soumet au pouvoir de s'en servir (§. CXCII.). Quand donc la communauté primitive est abolie (§. CXCIV.), le droit de saisir les choses pour s'en servir devient le droit de les soumettre à son domaine: donc *chacun a droit de soumettre à son domaine une chose qui n'est à personne, & dont il a besoin, c'est-à-dire*, puisqu'il faut s'en rapporter sur ce besoin au jugement de chacun (§. LXXVIII.), une chose *qu'il peut & qu'il veut soumettre à son domaine.* (*t*) *Du droit de soumettre au domaine les choses qui ne sont à personne.*

§. CCX. On appelle *occupation* (*) un fait par lequel quelqu'un déclare qu'une chose qui n'est à personne, doit être à lui, & la réduit en tel état qu'elle peut être sa chose. Il paroît de-là que *le droit d'occuper une chose*, ou de s'en emparer, *appartient naturellement à chacun indifféremment*, ou bien que *c'est un droit commun de tous les hommes* (§. CCIX), & comme on appelle maniere primitive d'acquérir, celle par laquelle on acquiert le domaine d'une chose *De l'occupation, & de la maniere primitive d'acquérir le domaine.*

a perdu l'objet, sur lequel elle pouvoit s'exercer, & qu'elle ne peut être conservée, qu'autant que cet objet lui reste soumis. Ainsi, quoiqu'il soit vrai dans un sens qu'on demeure le maître d'une chose, tant qu'on a la volonté de la conserver; il est cependant également vrai, qu'on ne peut pas toujours conserver cette volonté; & partant qu'il n'est pas universellement vrai, qu'on demeure le maître d'une chose, tant qu'on n'a pas la volonté de l'abandonner. On retient le domaine par la seule volonté relativement aux hommes: c'est-à-dire, que la perte de la possession n'est pas seule un titre suffisant, dont on puisse s'authoriser pour nous faire perdre le domaine; & qu'il faut quelque autre acte d'ailleurs, qui ôte l'objet à notre volonté. Nous verrons dans la suite les conséquences de ces réflexions.

§. CCVI. (*s*) Ce que l'Auteur dit ici est une conséquence de la distinction qu'il faut faire entre les attributs de l'homme, considéré comme être physique, & ceux qu'il a comme être moral. Le physique n'a aucune connexion avec le moral: les droits de l'homme lui sont inhérents comme être moral; & comme être moral, les objets physiques ne sont pas plus à sa portée, que ceux qui ne le sont point: le physique ne tend qu'à l'exercice des droits: ainsi, par rapport aux droits, nulle distinction entre les choses corporelles & incorporelles. C'est le fondement de ce qui est enseigné dans ce paragraphe, qui peut servir à éclaircir bien des choses qui paroissent obscures dans le Droit Romain.

(†) CHAP. II. L'Auteur après nous avoir exposé ce que c'est que la communauté primitive, les droits & les obligations qui en résultent, ainsi que l'origine du domaine, traite dans ce Chapitre-ci de la maniere d'acquérir le domaine originairement: sa doctrine est fondée sur l'hypothese d'une communauté primitive, ou plutôt sur la cessation de cette communauté; sur laquelle nous nous sommes un peu étendus au §. CXCIV.

§. CCIX. (*t*) L'idée de communauté exclut toute idée de propriété; ainsi comme, dans l'état de communauté, nous n'avons droit qu'à l'usage des choses, en sortant de la communauté, ce droit change en celui de pouvoir s'approprier: nous avons prouvé (§. CLXXXVI. & CXCII.) que l'homme, considéré dans l'état naturel, peut avoir l'un & l'autre droit également.

(*) On voit que par *occupation*, on entend ici l'action de s'emparer; on verra par la suite que nous ne pouvions rendre le latin *occupatio*, comme Mr. BARBEYRAC, par *prise de possession*, qui signifiera toute autre chose dans le langage précis de Mr. WOLF: nous avertissons ici que nous rendrons le latin *occupare*, indifféremment par *occuper* & *s'emparer*. R. d. T.

 §. CCX,

se qui n'est à personne, il s'ensuit que *l'occupation est la maniere primitive d'acquérir.* (u)

Choses mobiliaires, choses qui se meuvent, immeubles. §. CCXI. On appelle meubles, ou *choses* mobiles ou *mobiliaires*, celles qu'on peut transporter d'un lieu dans un autre, en conservant la substance ou la chose-même; & en particulier on appelle *choses qui se meuvent*, ou meubles vifs ou animés, celles qui se peuvent transporter elles-mêmes d'un lieu dans un autre, comme les bestiaux. Mais on appelle *immeubles* les choses qu'on ne peut transporter en conservant la substance, telles que sont les fonds de la terre, les édifices. (x)

De l'occupation des choses mobiliaires. §. CCXII. *Si* donc, quand une fois les domaines ont été introduits, *quelqu'un saisit une chose mobiliaire, & ne la rejette pas, ou ne la remet pas à sa place, ou bien s'il la réduit en tel état qu'il puisse la saisir, il l'occupe*, ou il s'en empare (§. CCX.), par conséquent, *il en acquiert le domaine* (ibid.).

§. CCXIII.

§. CCX. (u) La définition que l'Auteur donne ici de l'occupation, répond assez à l'idée que les Jurisconsultes Romains en ont eue. C'est dans le même sens que GAJUS dit, *quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. l. 3. ff. de adq. rer. dom.* & dans la *l. 7. §. 3. eod. Insula, quæ in mari nascitur, (quod raro accidit) occupantis fit: nullius enim esse creditur*; & qu'ULPIEN décide qu'une chose abandonnée, cesse d'être nôtre & devient à celui qui l'occupe; parceque, ajoute-t-il, les choses cessent d'être les nôtres, de la même maniere dont elles s'acquierent. Au reste quoiqu'il paroisse que les Romains aient attribué à l'occupation l'idée, que l'Auteur exprime par la définition qu'il en donne, il est d'un autre côté bien évident, qu'ils n'en ont pas eu une idée distincte: de-là les différentes significations qu'ils ont attribuées à l'acte d'occuper, qui désigne chez eux non-seulement un fait, par lequel quelqu'un déclare qu'une chose, n'appartenant à personne, doive lui appartenir, & qui la réduit dans l'état nécessaire pour être sienne; mais souvent & ordinairement une simple saisie; quelle que soit l'intention de celui qui saisit. C'est ainsi qu'il est parlé de l'occupation d'un champ par les Ennemis, *l. 26. ff. quib. mod. ususfr.* C'est ainsi qu'une hérédité est occupée pour l'héritier naturel. C'est ainsi qu'on dit que des Larrons occupent une maison: *l. 3. §. 8 ff. de adq. possess.* Le Droit Romain attribue même l'occupation à des choses inanimées; comme sont les fleuves, la mer; *l. 24. ff. quibus mod. ususfr. l. 3. §. 17. ff de adq. possess. l. 7. ff. de peric. rer. vend. l. 30. §. 3. de adq. rer. dom. l. 14. ff. quemadm. serv. amitt.* On lui trouve encore d'autres significations, qui cependant semblent toutes prises de l'idée d'une saisie physique.

§. CCXI. (x) La différence entre les biens meubles & immeubles paroît si simple & si facile à saisir, qu'on est tenté de regarder les distinctions que l'Auteur en donne ici, comme minutieuses & au-dessous de l'attention d'un Philosophe: cependant cette même simplicité, qui nous paroît rendre la chose si claire & évidente, prouve combien il est nécessaire de s'y arrêter, si l'on veut se faire des notions distinctes & nettes d'une Science: car toute simple que paroît être la différence entre les biens meubles & immeubles, nulle-part cependant ne la trouve-t-on indiquée distinctement par les Jurisconsultes Romains, & ce défaut les a souvent jettés dans l'embarras, lorsqu'ils ont été obligés de décider quelques cas. Dans le §. 1. *l. 1. ff. usufruct. quemad. cav.* les choses *meubles* sont désignées par celles qui ne tiennent pas à la terre. LABEO, au rapport d'ULPIEN, indique la même différence. *l. 1. ff. de ædil. ed. in prin.* LABEO paroît y comprendre sous la denomination *mobiles* celles qui se meuvent par elles-mêmes: *aut se moventes.* CELSUS nous apprend que l'expression de *mobiles* comprend celles qui se meuvent. *Moventium, item mobilium appellatione, idem significamus: l. 93. ff. de verb. sign.* quoiqu'il ne paroisse pas si l'expression *moventes* désigne ici *se moventes.* Dans la *l. 49. C. de Episc. & cler.* les *mobiles* désignent les *se moventes. vid. l. 13. C. de servit & aq. l. 7. C. bonis quæ lib.* où nous lisons, *sive mobilium, sive immobilium, sive se moventium rerum.* Au §. 7. *l. 1. C. de rei uxoriæ actione*; JUSTINIEN semble distinguer encore les *mobiles* de *se moventes*: il oppose aux *immeubles*, par lesquelles il entend celles qui sont attachées au sol, celles qu'on peut mouvoir, celles qui se meuvent, & celles qui sont incorporelles. On diroit à tous ces passages, que le Droit Romain distingue les *mobiles* de *se moventes*; & JUSTINIEN comprend, ce semble, celles qui se meuvent d'elles-mêmes, sous la dénomination des *immobiles*. *l. 30. C. de jure dot. sive immobilibus seu se moventibus.* L'Empereur ZENON paroît faire la même chose dans la *l. 2. C. de quadr. præscript.* quoiqu'on puisse l'expliquer de la même façon que ce que nous avons rapporté de la *l. 1. §. 7. de rei uxor. act.*

§. CCXIII. Pareillement *si quelqu'un renferme un fond de terre dans des limites, ou le destine à quelque usage par un acte non passager, ou que se tenant sur ce fonds limité, il dise en présence d'autres hommes, qu'il veut que ce fonds soit à lui, il s'en empare* (§. ccx.). (y) *De l'occupation des immeubles.*

§. CCXIV. Puisque le maître exclut tous les autres de son droit (§. cxcv.), & que les choses incorporelles peuvent aussi être soumises au domaine (§. ccvi), *on s'empare des choses incorporelles en s'en servant actuellement, & en ne souffrant pas qu'un autre s'en serve.* C'est pourquoi puisque le droit de s'emparer des choses qui ne sont à personne, ou le *droit de premier occupant*, est une chose incorporelle (§. cxxi.), *les domaines étant introduits, on peut s'emparer* aussi *du droit de s'emparer des choses qui ne sont à personne*, comme *du droit de chasser, de prendre des oiseaux, de pêcher dans un certain district.* (z) *De l'occupation des choses incorporelles.*

§. CCXV. Puisque, quand une fois on s'est emparé du droit de premier occupant, *Pour qui les choses sont acquises, par celui qui n'a pas le droit de s'en emparer.*

act. L'Empereur JUSTINIEN se sert encore dans la 3. *l. C. de quadr. præscript.* de l'expression *sive mobiles, sive immobiles seu se moventes.*

Lorsque les Empereurs *Valérien* & *Gallien* donnent à un donataire le droit de réclamer les biens meubles, que l'héritier du donateur enleve de force *l.* 2. *C. de vi bon. rapt.* sûrement l'expression *meubles, mobilia*, a compris les choses *se moventes*, comme il paroît par la *l.* 1. *cod.* & il en faut dire tout autant du §. 32. *l.* 1. *ff. de vi & vi arm.* où le mot *mobiles* paroît désigner aussi les mots *se moventes.* Ainsi le Droit Romain comprend quelquefois sous le mot *mobiles*, les choses qui se meuvent, quelquefois il les distingue: c'est ainsi qu'il en fait deux sortes, animées & non animées, comme il paroît par ce qu'ULPIEN dit *l.* 1. §. 1. *de rei vind.* où en parlant de l'action, par laquelle on réclame une chose, il dit *quæ specialis in rem actio locum habet in omnibus mobilibus, tam animalibus, quam his quæ anima carent, & in his, quæ solo continentur.* La même distinction paroit se trouver dans la *l.* 15. §. 2. *ff. de re jud.* Or il est bien manifeste que les Jurisconsultes Romains ont mis les Esclaves au nombre des meubles. *l.* 30. §. 4. *ff. de adq. vel am. poss. l.* 3. §. 13. *eod.* J'en fais mention pour qu'on voie comment les choses les plus simples peuvent nous jetter dans l'incertitude, dans la confusion & dans l'erreur, faute d'être exactement déterminées.

§ CCXIII. (y) Nous ne trouvons pas cette occupation dans le Droit Romain. C'est sur elle que sont fondés les droits que les Puissances s'attribuent, en vertu des découvertes.

§. CCXIV. (z) Par la définition de l'*occupation*, il paroît qu'il faut, comme dans la *possession*, avoir une volonté, & une force physique pour l'exécuter: mais il faut de plus une volonté déclarée, soit par paroles soit par signes: or de la même maniere qu'on peut *posséder* des choses *incorporelles*, l'on peut aussi *occuper* des choses *incorporelles*: il suffit que la chose puisse être un objet de notre volonté, & qu'on puisse la mettre par un acte physique dans un état qu'elle devienne la nôtre. C'est au moyen de ce qui est enseigné dans ce paragraphe, & de ce que l'Auteur a établi dans le §. ccxii. que l'on peut décider le différend entre les Jurisconsultes, dont les uns prétendoient, qu'un animal est à celui qui l'a blessé, de façon à pouvoir être pris, & qui continue de le poursuivre; & dont les autres vouloient, qu'on l'eut pris en effet pour pouvoir être à nous: il n'y a qu'à leur donner tort de part & d'autre. GAJUS rejette l'opinion de TREBATIUS, qui juge qu'une bête fauve est la nôtre, dès que nous l'avons blessée, de façon à pouvoir être prise. *l.* 5. *ff. de adq. rer. dom.* Suivant ce que notre Auteur enseigne; celui qui chasse un animal & le blesse, a occupé le droit de le chasser, & s'est mis en possession de la poursuite: il n'en peut être débusqué. Cependant s'il a blessé l'animal, l'animal n'est point encore à lui, parce que l'animal peut se soustraire à la poursuite du Chasseur: le Chasseur peut lui-même se désister de la poursuite: & c'est vraisemblablement dans ce sens que GAJUS dit, *si ceperimus; quia*, ajoute-t-il, *multa accidere possunt ut eam non capiamus.* Mais GAJUS semble n'avoir pas fait réflexion à l'occupation du droit de chasse; fondement sur lequel la décision de TREBATIUS paroit être appuyée; ainsi que nous pouvons le conclure, à la question proposée, & la maniere dont TREBATIUS semble y avoir répondu. *Illud quæsitum est an fera bestia, quæ vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intelligatur. Trebatio placuit, statim nostram esse: & eousque nostram videri*, DONEC EAM PERSEQUAMUR. La décision du Droit François, savoir que la bête appartient à celui qui l'a blessée, quand il continue de la poursuivre, & non pas à celui qui la prend, non-obstant cette poursuite, est fondée sur la raison, que nous venons d'alléguer, savoir que celui qui a blessé une bête & la poursuit, a occupé le droit de chasse sur cet animal: il n'a pas saisi la bête, mais il a saisi le droit de la poursuite.

§. CCXVII.

pant, ce droit est dans le domaine de celui qui s'en est emparé (§. CCX.), & que par conséquent personne ne peut user de ce droit malgré lui (§. CXCV.); *si quelqu'un s'empare d'une chose qui n'est à personne, dans un lieu où l'on s'est déjà emparé du droit de premier occupant*, si, par exemple, il pêche dans un endroit du fleuve, où le droit de peche est propre à quelqu'un, *il acquiert cette chose, non pour lui-même, mais pour celui à qui appartient le droit de s'emparer* ou de premier occupant, *&* malgré cela *il lui fait une injure* (§. LXXXVII.).

En quel cas cela se fait sans injure. §. CCXVI. Cependant comme le hazard ne peut être imputé à personne (§. III.), *si en usant de votre droit, vous vous emparez par hazard d'une chose de telle espéce, que le droit de s'en emparer est propre à un autre, vous l'acquerez à la vérité pour cet autre, mais vous ne faites aucune injure par l'acte, par lequel vous vous en emparez.*

De l'occupation des bêtes sauvages. §. CCXVII. Puisque vous vous êtes emparé d'une chose, sitôt que vous l'avez réduite en tel état, que vous la pouvez saisir (§. CCXII.); *si, dans un lieu où vous avez droit de premier occupant, une bête sauvage est embarassée dans des filets, que vous avez tendus, de façon qu'elle ne puisse s'en dégager, ou si elle est retenue par quelque piége que ce soit que vous avez dressé, de maniere qu'elle ne puisse s'enfuir, ou bien si vous l'avez renversée d'un coup de fusil, ou blessée, ou laissée ensorte qu'elle ne puisse échapper de vos mains, vous êtes censé vous en être emparé*, par conséquent *elle est vôtre.* La même chose doit s'entendre des bêtes sauvages renfermées dans un parc. (*a*)

§. CCXVIII.

§. CCXVII. (*a*) Ce paragraphe fondé sur le §. CCXII. répond au douzieme des *Institutes*, & peut servir à résoudre une infinité de cas exposés dans le Droit Romain: en voici, par exemple, un dont l'explication a paru assez difficile aux Interprêtes; on le trouve dans la *l.* 55. *ff. de adq. rer. dom.* Il s'agit d'un Sanglier, arrêté dans un filet, que vous auriez tendu pour faire la chasse. Je dégage l'animal & l'emporte, la question est de savoir, si je vous ai enlevé votre proie? Si vous croyez qu'oui, on demande, si en cas que je l'eusse laissé aller dans le bois, l'animal eut resté le vôtre ou point? Et s'il eut cessé d'être le vôtre, quelle action vous auriez eue contre moi? Si vous auriez eu l'action de fait? Le Jurisconsulte, avant de répondre, demande si le filet a été posé dans un lieu public, ou dans un lieu particulier: & en ce dernier cas, si c'est dans un endroit qui vous appartient, ou dans celui d'un autre: & dans ce cas-ci encore, si vous l'auriez fait avec la permission du maître, ou non? De plus, si le Sanglier s'est trouvé engagé, de façon qu'il n'auroit pu se dégager de lui-même, ou bien si à la longue il auroit pu se dégager? Il répond ensuite que la question revient à ceci: savoir, si l'animal est tombé en votre pouvoir, il est devenu le vôtre: si au contraire je l'ai remis en liberté, & que par-là il eut cessé d'être le vôtre, vous auriez contre moi l'action de fait: ainsi qu'on a répondu à la question, si quelqu'un jette le vase d'un autre dans la mer. Mr. NOODT observe dans ses *Prob. L.* II. *C.* VI. que le cas proposé renferme trois questions. 1. Si *Mævius* a pris le Sanglier appartenant à *Titius?* 2. en cas qu'oui, si en dégageant le Sanglier, de façon que l'animal ait gagné le bois, il est demeuré à *Titius*, ou non? 3. en cas que l'animal ait cessé d'appartenir à *Titius*, quelle action celui-ci a contre *Mævius*? Si le filet a été mis dans un endroit public, le Sanglier pris, dit Mr. NOODT, n'appartient pas plus, suivant l'idée du Jurisconsulte Romain, à *Titius*, qu'à tout autre; parceque, ajoute notre Savant, celui qui le voit le premier, peut le saisir & l'occuper. On en pourroit demander la raison: est-ce parce que le passant *voit* l'animal pris dans le filet, qu'il peut s'en saisir, & se l'approprier? l'acte de *voir* donnera-t-il ce droit? Le fondement n'en seroit guere juridique. Suivant la doctrine de notre Auteur, la bête appartient à celui qui le premier vient s'en saisir, parce que celui qui tend des filets dans un lieu public, semble occuper le droit de chasse; & que *Titius* n'ayant pas été authorisé à le faire, son filet saisit au profit du premier venu. Mr. NOODT ne s'éloigne pas beaucoup de cette raison pour décider le second cas: *Titius*, dit-il, n'a pas le droit d'entrer sur les terres d'un autre, donc il ne peut pas aller prendre l'animal quand il le veut, donc l'animal n'est pas à lui. Si le filet a été tendu dans un endroit appartenant à *Titius*, en ce cas il n'y a point de doute que l'animal ne soit à *Titius*, parce qu'il *auroit pu s'en saisir dès qu'il auroit voulu;* car c'est ainsi que le Jurisconsulte Hollandois interprête ici le mot *pervenit*, dont PROCULUS s'est servi.

§. CCXVIII. Puiſqu'en perdant la poſſeſſion on retient encore le domaine par la ſeule intention (§. ccv.), *ſi une choſe, qui ſe meut elle-même, eſt échappée de l'endroit où vous la gardez, ou s'eſt enfuie, elle reſte vôtre; il en eſt* donc *ainſi d'une bête ſauvage auſſi long-temps qu'elle eſt reconnoiſſable.* Mais *ſi après qu'elle s'eſt enfuie, on ne peut plus la reconnoître*, & qu'ainſi il ne puiſſe plus être conſtaté qu'elle eſt à vous, *elle ceſſe d'être votre choſe & appartient au premier occupant*, comme une choſe qui n'eſt à perſonne (§. ccx.). (*b*) *Des choſes qui ſe meuvent elles-mêmes, échappées de l'endroit où les garde.*

§. CCXIX. Puiſqu'*une choſe abandonnée* n'eſt plus à perſonne (§. cciii.) elle *eſt naturellement au premier occupant* (§. ccx.); mais *ſi l'on s'eſt déjà emparé du droit de premier occupant, elle ne peut être acquiſe que par celui qui a ce droit* (§. ccxv.). (*c*) *De l'acquiſition d'une choſe abandonnée.*

§. CCXX. On appelle *choſe perdue*, une choſe tombée à terre, ſans que celui à qui elle eſt s'en apperçoive, & laiſſée-là lorsqu'il s'en va. *On met au nombre des choſes perdues, celles qui tombent d'une voiture en route, ſans que les maîtres ou le voiturier s'en apperçoivent.* Puiſqu'il ne s'enſuit pas d'un hazard, que le maître ne veuille plus avoir la choſe perdue, *on conſerve le domaine ſur une choſe perdue* (§. ccv.); par conſéquent, *elle n'appartient pas à celui qui la trouve* (§. ccx.); *& ſi celui qui l'a trouvée, ſait qui l'a perdue, ou néglige de s'en informer, il la poſſède de mauvaiſe foi* (§. cci.). Mais *ſi l'on ne peut découvrir le maître d'une choſe perdue*, comme on préſume qu'en perdant l'eſpérance de la recouvrer, il y renonce, ou il l'abandonne (§. cciii.), *elle reſte à celui qui l'a trouvée.* (*d*) *Des choſes perdues.*

§. CCXXI.

vi. A tout cela il paroît, qu'il faut toujours en revenir aux principes de notre Auteur: dès que j'ai réduit l'animal dans un état à pouvoir m'en ſaiſir, il eſt le mien, ſuivant ce paragraphe-ci: le mot de *pouvoir* doit être pris ici dans un ſens moral & phyſique. Si mon filet eſt poſé dans un lieu, où j'ai le droit de le tendre, que le lieu m'appartienne ou non, qu'il ſoit public ou non, l'animal qui y eſt pris eſt mien, parce que je l'ai réduit dans un état à pouvoir le prendre quand je le veux. D'où l'on voit encore, que ce n'eſt pas proprement, parce qu'on peut corporellement ſe ſaiſir d'un animal enlacé dans un filet, que j'aurois tendu dans un lieu public, qu'on ne me fait aucun tort en le prenant ou en le dégageant; mais parce que j'ai poſé mon filet dans un endroit, dans lequel je n'avois pas droit de le tendre; ſi j'euſſe eu ce droit, le pouvoir phyſique de ſaiſir corporellement un animal, qui y auroit été enlacé, ne pourroit jamais donnner le droit de m'ôter une capture, qui auroit été réduite en ma puiſſance, tout comme ſi le lieu m'eut appartenu. La diſtinction entre le pouvoir phyſique & la faculté morale, en eſt une qui nous échappe aiſément, & à laquelle Mr. NOODT ne paroit pas avoir fait ici aſſez d'attention. La demande, que le Juriſconſulte PROCULUS fait ſur la différence des endroits, marque que ce Juriſconſulte a voulu ſeulement indiquer, que la déciſion du cas dépendoit dans le fond, pour la premiere queſtion, du droit que *Titius* pouvoit avoir eu de tendre un filet dans l'endroit, où le Sanglier avoit été pris. Il réſulte donc des principes de notre Auteur que, ſi une bête fauve ou un animal quelconque a été réduit par le chaſſeur dans un état, que celui-ci peut s'en ſaiſir, la ſaiſie doit être réputée moralement accomplie, quoique l'acte phyſique n'ait point eu encore ſon plein effet: car il n'importe que je ſaiſiſſe un poiſſon par la main, ou que je le tienne à la ligne, ou dans un filet, bien que dans ces trois cas un poiſſon puiſſe encore nous échapper, comme cela arrive fort ſouvent; ou que je prenne un lievre par une attrappe, ou que je le bleſſe d'un coup de fuſil; il ſuffit, pour que j'en ſois réputé le maître, que l'animal aît été réduit dans un état, que, ſuivant le cours ordinaire, il ne peut m'échapper; & ceci eſt d'accord avec le Droit François.

§. CCXVIII. (*b*) Ce paragraphe n'eſt pas conforme à la déciſion du Droit Romain: l'on voit que notre Auteur veut qu'on conſerve le domaine des bêtes fauves auſſi long-temps qu'elles ſont reconnoiſſables: & il ſe fonde ſur la raiſon, qu'en perdant la poſſeſſion, on n'en perd pas pour cela le domaine, & qu'on le retient par la ſeule volonté. Nous avons fait voir ci-deſſus, que cette propoſition n'eſt pas univerſellement vraie; & la doctrine des Juriſconſultes Romains, qui redonne la liberté naturelle à un animal, qui ſe ſauve, & qui vous adjuge le domaine des animaux, qui ont coûtume de s'envoler & de revenir, auſſi long-temps qu'ils ſont dans l'uſage de revenir, paroît mieux fondée.

§. CCXIX. (*c*) Voyez *Inſtit.* §. 46. *de rer. div.*

§. CCXX. (*d*) C'eſt ſur la raiſon, énoncée dans ce paragraphe, que ſont fondées les déciſions que

Des choses jettées. §. CCXXI. Pareillement *si pour alléger un vaisseau*, battu de la tempête par exemple, ou arrêté sur des basses, *on jette des choses dans la mer*, comme on ne peut conclure de-là que ceux, à qui elles sont, aient intention de les abandonner (§. CCIII.), *elles sont encore à leurs maîtres, & si elles sont poussées sur les côtes, ou prises dans la mer, elles n'appartiennent pas à celui qui les prend.* Il faut dire des choses jettées ce que nous avons dit des choses perdues (§. CCXX.). (*e*)

Des naufrages. §. CCXXII. Comme *les biens de ceux qui ont fait naufrage*, tombant dans la mer, & se dérobant dans les flots à la vue de ceux qui sont dans le vaisseau, se trouvent dans le cas des choses perdues (§. CCXX.), ils *sont soumis aux mêmes droits que les choses perdues.*

Des trésors. §. CCXXIII. On appelle *trésor* des choses mobiliaires, (sur-tout des choses précieuses, ou de l'argent,) cachées, & dont on ignore le maître. Puisqu'on suppose qu'il est impossible de découvrir qui est celui qui les a cachées, *un trésor* doit être regardé comme une chose qui n'appartient à personne; par conséquent il *est naturellement à celui qui le trouve, ou il est acquis pour celui qui a le droit de premier occupant*, si l'on s'est déjà emparé de ce droit (§. CCX. CCXV.). (*f*)

De la distinction des fruits. §. CCXXIV. On appelle *fruits naturels*, ceux que la terre produit d'elle-même; & fruits d'*industrie*, ceux qu'elle ne produit qu'à l'aide du travail de l'homme, ou de la culture & des soins. On les distingue les uns & les autres en fruits *pendants*, ou qui ne sont pas encore séparés de la chose d'où ils sont provenus; fruits *recueillis*, qui en ont été séparés, & quon a rassemblés; & fruits *à recueillir*, qu'on auroit pu recueillir, si l'on avoit voulu, c'est-à-dire, si l'on n'avoit pas été négligent. Si la récolte demande plusieurs actes, comme pour le bled, de le moissonner, de le mettre en gerbe, de le transporter dans la grange, & de l'y battre, on appelle *recolte commencée*, celle pour laquelle on n'a fait qu'un ou deux actes, *achevée* celle qui n'en demande plus. On appelle *fruits existants*, ceux que le possesseur de la chose, d'où ils sont provenus, a encore; & fruits *consumés* ceux qu'il n'a plus.

Que les actions sont équivalentes aux choses. §. CCXXV. Puisque *les actions libres de l'homme*, entant qu'elles sont utiles à lui ou aux autres, peuvent être estimées ou taxées de même que les choses, & qu'elles doivent l'être, depuis que les domaines sont introduits, comme on le verra encore mieux par la suite, ces actions *sont équivalentes aux choses, qui sont dans notre domaine; telles sont*, par conséquent, *les travaux, & la culture & le soin des choses qui sont dans notre domaine.*

De leurs fruits. §. CCXXVI. Il suit de-là, que *les choses, qui proviennent de nos travaux, de notre culture & de nos soins, en sont les fruits* (§. CXCVIII.). C'est pourquoi *les fruits*

que nous trouvons dans le Droit Romain. *l.* 58. *ff. de acq. rer. dom. l.* 13. *in pr. ff. de adq. vel. am. poss.*

§. CCXXI. (*e*) Voyez *Institut.* §. 47. *de rer. div.* où JUSTINIEN dit: *il en est à-peu-près de même des choses qui tombent d'un chariot courant, sans que ceux, à qui elles appartiennent, s'en apperçoivent:* il faut y ajouter *les débris d'un naufrage.*

§. CCXXII. (*f*) La décision, que notre Auteur donne ici me paroît trop universelle: car supposé que le maître d'un trésor pût prouver qu'il lui appartient, il est plus naturel que celui qui l'auroit trouvé le rende, ou souffre que le maître vienne le retirer; comme nous le trouvons décidé *l.* 15. *ff. ad exhib.* & *l.* 22. *ff. fam. ercisc.* Quoiqu'un trésor doive être regardé comme chose appartenant à personne, il faut faire attention pourtant que ceci est uniquement fondé sur l'ignorance, dans laquelle nous sommes par rapport au maître. Or cette ignorance étant ôtée, le fondement sur lequel le trésor a été regardé comme n'appartenant à personne, tombe, & par-là le droit qui en feroit résulté. Ce que l'Auteur dit ici doit donc être pris relativement à celui qui trouve: savoir que le trésor lui appartient, en cas qu'aucun autre ne prouve qu'il en est le maître; ou bien il

fruits d'induſtrie ſont en partie fruits de la choſe, & en partie fruits de notre induſtrie, c'eſt-à-dire, de nos travaux, de notre culture & de nos ſoins (§. CCXXIV.). Du reſte *aux actes de la recolte appartient auſſi la deſtination à un certain uſage*, comme, par exemple, ſi on laiſſe les glands, qui tombent d'eux-mêmes en terre, pour la nourriture des pourceaux, ou ſi on laiſſe l'herbe ſur le pré, pour que les beſtiaux la broutent.

De la ſpécification.

§. CCXXVII. On appelle *eſpéce* un individu d'une certaine ſorte ou eſpéce. De-là on appelle *ſpécification*, l'acte par lequel on fait avec une certaine matiere, une choſe d'une autre eſpéce (*), & *la forme que reçoit la matiere eſt le fruit du travail de celui qui la ſpécifie*, ou qui lui donne cette forme (§. CCXXVI.). On voit par-là à quel point *les choſes artificielles* ſont au nombre des fruits de celui qui les fait (§. CXXI), puiſqu'elles *ſe font toutes par ſpécification.* Du reſte les grains étant déjà dans les épis, d'où on les fait ſortir, *l'acte qui fait ſortir les grains des épis n'eſt pas une ſpécification.*

Des choſes fructueuſes, & infructueuſes; à qui ſont les fruits.

§. CCXXVIII. On appelle *choſe fructueuſe* celle qui rend du fruit; & *infructueuſe* celle qui n'en rend point; & que l'on appelle auſſi, naturellement ſtérile. Puiſqu'il eſt évident que les choſes fructueuſes ſont ſoumiſes au domaine, à cauſe des fruits qu'on en peut recueillir, & qu'auſſi le domaine comprend le droit de jouïr des fruits (§. CXCVIII.), il s'enſuit que *les fruits appartiennent au maître de la choſe fructueuſe*, par conſéquent, puiſque le maître exclut tous les autres de ſon droit (§. CXCV.), *le droit de recueillir les fruits n'appartient à perſonne qu'au maître.*

Si le poſſeſſeur de la choſe d'autrui a part à ſes fruits.

§. CCXXIX. Il paroît de-là que *le poſſeſſeur*, de bonne, ou de mauvaiſe foi, *de la choſe d'autrui, n'a pas droit d'en recueillir les fruits*, & par conſéquent, que *les fruits naturels ſoit pendants, ſoit recueillis, appartiennent au maître* (§. CCXXIV.). Et puiſque les fruits d'induſtrie ſont en partie fruits de la choſe, & en partie fruits de l'induſtrie (§. CCXXVI.), il paroît encore, que *les fruits d'induſtrie ſont communs à proportion entre le maître de la choſe, & le poſſeſſeur à la culture & aux ſoins duquel ils ſont dûs.* Si, par exemple, quelqu'un poſſede la terre d'autrui, les fruits ſont au maître, pour autant que vaut l'uſage du fonds, & au poſſeſſeur, pour autant que valent ſa culture & ſes ſoins.

De la différence entre le poſſeſſeur de bonne & de mauvaiſe foi.

§. CCXXX. Puiſque la recolte des fruits appartient à l'exercice du domaine (§. CCXXVIII.), *le poſſeſſeur de mauvaiſe foi, en recueillant les fruits, fait une injure au maître* (§. CCI.); par conſéquent, *celui-ci a droit de le punir de ce qu'il les a recueillis* (§. XCIII); mais *le poſſeſſeur de bonne foi*, à qui l'on ne peut imputer ſon action (§. CCI.), *ne peut être puni pour avoir recueilli les fruits. Si* cependant *les*

il faut prendre le mot de tréſor dans le ſens, que lui donne le Juriſconſulte PAUL dans la *l.* 31. *ff. de adq. rer. dom.* & y ajouter la diſtinction, que le même Juriſconſulte fait entre un tréſor, & des effets précieux, mis & cachés ſous terre pour en prévenir ou empêcher la perte. Voici ſes paroles: *Theſaurus eſt vetus quædam depoſitio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat: ſic enim fit ejus, qui invenerit, quod non alterius ſit. Alioquin ſi quis aliquid vel lucri cauſa, vel metus, vel cuſtodiæ, condiderit ſub terra, non eſt theſaurus: cujus etiam furtum fit.* Voyez *Inſtit.* §. 39. *de rer. div.*

(*) Par exemple, ſi quelqu'un avec des raiſins fait du vin, avec du marbre une ſtatue, &c. le vin & la ſtatue ſont des eſpéces; & l'acte par lequel on les a faites, eſt une ſpécification. Nous ne pouvions, ſans trop embarraſſer le ſtile, & ſans nuire à ſa préciſion, éviter ces expreſſions, que Mr. BARBEYRAC n'a pas cru devoir employer. Elles ſont conſacrées par les Juriſconſultes Romains; & les définitions qu'on en donne ici, levent toute l'équivoque qu'elles pourroient avoir en François. R. d. T.

 §. CCXXXI.

les fruits ont été consumés, l'un & l'autre ont consumé la chose d'autrui (§. CCXXIX.).

Du droit dans la spécification. §. CCXXXI. *Si quelqu'un a fait une espèce avec la matiere d'un autre*, ou lui a donné une autre forme ; puisque d'un côté la matiere est au maître de la matiere, & que de l'autre la forme est à celui qui l'a donnée, comme étant le fruit de son travail (§. CCXXVIII. CCXXVII.), alors *l'espèce appartient au maître*, *& à celui qui lui a donné sa forme*, *à proportion de ce que vaut l'une & l'autre.* On conçoit aisément par-là quel est le droit de celui qui a fait une espéce, en partie avec sa propre matiere, en partie avec la matiere d'autrui, ou avec la matiere d'autrui au nom d'un autre, puisqu'il est indifférent que l'on fasse quelque chose par soi-même, ou qu'on la fasse par un autre. Il paroît, au reste, que *celui qui est de mauvaise foi*, *en donnant une nouvelle forme à une matiere*, *fait injure au maître de la matiere* (§. CCI.), *& que* par conséquent *il devient sujet à la punition* (§ XCIII. CLIII.). (*g*)

Dans l'acte qui fait sortir les grains des épis. §. CCXXXII. Puisque l'acte qui fait sortir les grains des épis n'est pas une spécification (§. CCXXVII.), mais que les grains sont une partie des épis ; *si quelqu'un fait sortir les grains des épis d'autrui*, *les grains aussi-bien que la paille appartiennent au maître des épis.* Par rapport à l'injure qu'il peut y avoir en ce cas, il faut répéter ici ce qui a été dit dans l'article précédent. (*h*)

Des petits des animaux. §. CCXXXIII. *Les petits* sont les fruits des animaux, ainsi les veaux sont les fruits des vaches, les agneaux les fruits des brebis (§. CXCVIII.). Ils *sont* donc *à celui à qui appartiennent les animaux*, ainsi les veaux sont au maître des vaches, les agneaux au maître des brebis. La même chose doit s'entendre des œufs pondus par les oiseaux domestiques, & des petits qui en sont éclos. Et il n'importe pas ici que ce soit votre mâle qui ait couvert ma femelle (*). (*i*)

§. CCXXXIV.

§. CCXXXI. (*g*) Notre Auteur fait très-bien voir que dans la spécification, le maître de la matiere, & l'Ouvrier doivent participer à la chose faite, suivant que la matiere a été précieuse ou que l'ouvrage est précieux : mais il ne fait pas voir lequel des deux doit être le maître du nouveau corps. Ceci a fait la matiere d'une forte contestation entre deux Sectes de Jurisconsultes Romains, comme on le peut voir au §. 25. *Inst. de rer. div.* Je doute que notre Auteur ait bien saisi le différend qui partageoit, à cet égard, ces deux sectes de Jurisconsultes ; car il en parle comme si les *Sabiniens* attribuoient le nouveau corps au maitre de la matiere, sans aucune rétribution pour la façon ; & si les *Proculéiens* l'avoient adjugé à l'ouvrier, sans aucune indemnisation pour le maitre. Il me semble que la question consistoit proprement à savoir, à qui des deux seroit adjugé le nouveau corps, avec l'obligation d'indemniser l'autre, soit pour la matiere, soit pour la forme.

§. CCXXXII. (*h*) La remarque, que notre Auteur fait ici, a été faite par les Interprêtes du Droit Romain. On peut le voir aux notes de Mr. FERRIERES au §. 25. des *Inst. de rer. div.*

(*) Voyez-en les raisons dans PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* IV. *Ch.* VII. §. 14. R. d. T.

§. CCXXXIII. (*i*) Voyez *Inst.* §. 19. *tit. cit.*

(†) Des vins différents mêlés, de l'or & de l'argent fondus ensemble font une *confusion* : mes grains mêlés avec les vôtres font un *mélange*. R. d. T.

§. CCXXXV. (*k*) Voyez *Instit.* §. 27. & 28. *tit. cit.*

(*) Ces deux sortes de soudures s'expriment par deux mots latins, *ferruminatio* & *adplumbatura*, le mot de *soudure* en françois signifie tous les deux. R. d. T.

§. CCXXXVII. (*l*) Ce paragraphe n'est pas conforme au Droit Romain, qui cependant me paroit plus raisonnable.

L'Auteur dans son grand ouvrage *P.* II. *C.* II. §. 402. rejette la doctrine des Jurisconsultes Romains, & confirme la sienne par celle de GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *C.* VIII. §. 22. Il prétend qu'ils adjugent l'édifice au fonds, parce qu'ils ont regardé l'édifice comme un accessoire du fonds. Mais je doute que notre Auteur ait bien approfondi les idées des Jurisconsultes Romains. Voici comment je crois que ceux-ci considéroient la chose. Vous avez bâti dans mon fonds : faut-il que par votre fait ce que je possédois seul devienne commun, & que pour cette communauté je partage ce que vous avez construit? Et de quel droit ? Vous n'en avez aucun qui puisse m'imposer cette loi. Je veux possé-

§. CCXXXIV. Puisque *les fruits* recueillis existent séparément de la chose d'où ils sont provenus (§. CCXXIV.), & qu'ils ont leur utilité particuliere pour le maître; *aussi-tôt qu'ils ont été recueillis, ils sont regardés absolument comme des choses qui sont dans le domaine.* *Comment on doit considérer les fruits recueillis.*

§. CCXXXV. Quand les matieres liquides ou fondues, de deux ou de plusieurs maîtres, sont mêlées entr'elles, de façon qu'il s'en forme une masse composée de ces matieres, cela s'appelle *confusion;* & quand des corps secs & solides sont entremêlés de maniere que ce qui appartient à l'un, reste à la vérité distinct de ce qui appartient à l'autre, mais que cependant ils constituent entr'eux un seul tout, cela s'appelle *mélange* (†). Comme on ne peut enlever à personne, malgré lui, le domaine de sa chose (§. CXCV.); *si les choses confondues ou mêlées, ne peuvent être séparées, ou du moins si elles ne peuvent l'être sans dommage, elles deviennent communes, à proportion de la quantité & de la qualité de ce que chacun avoit auparavant; dans le cas opposé chacun retient ce qui est à lui.* (*k*) *De la confusion, & du mélange.*

§. CCXXXVI. Il en faut dire autant de la *soudure*, soit qu'on joigne deux métaux de même espéce, travaillés ou non, sans employer d'autre matiere; soit qu'on unisse deux choses différentes par le moyen de quelqu'autre matiere (*). *De la soudure.*

§. CCXXXVII. On appelle *sol*, une portion de terre, entant qu'elle soutient les hommes, & d'autres choses; & l'on appelle *surface* tout ce qui est attaché au sol, & s'éléve au-dessus, comme les arbres, les plantes, les maisons. Il paroît, comme ci-dessus (§. CCXXXV.), que *si quelqu'un bâtit sur son propre sol avec les matériaux d'autrui, ou sur le sol d'autrui avec ses propres matériaux, le bâtiment est commun à proportion entre le maître de la matiere & le maître du sol, à moins que le bâtiment ne puisse être transporté.* (*l*) *De la construction des bâtimens.*

§. CCXXXVIII.

posséder mon bien tel qu'il étoit. Vous n'avez aucun droit sur mon fonds: vous n'avez pas même celui d'ôter ce que vous y avez mis: donc votre édifice reste à moi. Je ne vois aucune absurdité dans ce raisonnement: & ce raisonnement me paroitra très-fondé, dès que j'admets avec l'Auteur un droit de punition dans celui dont le droit aura été lésé de cette façon. Ce droit de punition n'aura pas lieu si vous avez agi de bonne foi; & les choses seront arrangées. Si vous vous êtes servi de ma matiere, pour construire quelque bâtiment dans votre fonds, je perdrai la matiere, mais vous m'en payerez une double valeur, §. 29. *Inst. de rer. div.* parce que vous avez employé mon bien sans mon consentement; ce qui est contre l'ordre. Et il faut observer que JUSTINIEN dit qu'on y a pourvu de cette façon pour empêcher la démolition de l'édifice; donnant à entendre, que suivant le droit rigoureux le maître de la matiere auroit pu insister qu'on la lui rendît. Il y a donc une bonne raison, pourquoi l'édifice, construit sur le fonds d'un autre, demeure au maître de ce fonds; & il y en a une très-bonne aussi pourquoi l'édifice demeure au maître du fonds, s'il a employé pour le construire la matiere d'un autre. Tout résulte du droit de bâtir sur le fonds: l'étranger ne l'avoit pas, & c'est pour cela que l'édifice demeure au maître; le maitre l'avoit, & c'est pour cela que l'édifice lui reste. Mais comme il n'avoit pas le droit d'employer la matiere d'un autre, on le condamne au double de la valeur: c'est une peine qu'il porte pour avoir lésé le droit d'un autre, selon la regle *quod quis sua culpa damnum sentit, sentire non intelligitur. l. ff. 203. de reg. jur.* Et pour preuve que les Jurisconsultes l'ont décidé ainsi pour cette raison, nous n'avons qu'à citer ces paroles du §. 30. *Inst. de rer. div. Nam scienti alienum solum esse, potest objici culpa, quod ædificaverit temere in eo solo, quod intelligebat alienum esse;* & faire attention, qu'un possesseur de bonne foi pouvoit redemander la valeur des matériaux & des travaux, employés pour la construction, suivant le même paragraphe & la *l. 38. ff. de rei vind. in id quod pretiosior fundus factus est.*

A tout cela il paroit, que si les Jurisconsultes Romains adjugeoient dans les deux cas l'édifice au fonds, parce que le fonds tiroit à lui l'édifice, cette raison étoit étayée par d'autres: le maitre de la matiere la perdoit, *quia voluntate ejus intelligitur esse alienata.* En effet, admettons la décision de l'Auteur, qui veut qu'un bâtiment construit sur le fonds d'un autre, soit commun: faudra-t-il que ce bâtiment reste en commun, malgré le maître? Et si vous voulez ordonner le partage de ce bien commun, comment le ferez-vous, à moins

Des plantations, & des semailles. §. CCXXXVIII. La même chose s'entend des *plantations*, par lesquelles on met une plante dans un sol, de façon qu'elle y pousse des racines, & en tire sa nourriture; comme aussi des *semailles*, quand on met une semence en terre, pour que les plantes en sortent. Il faut seulement observer ici que, s'il s'agit de déterminer la proportion dans la communauté, il faut considérer la valeur de la plante ou de la semence, lorsqu'on la met en terre, & l'usage du sol avec la culture & les soins (§. CCXXV.). (*m*)

De l'écriture & de la peinture. §. CCXXXIX. Par la même raison, *si quelqu'un a écrit sur votre papier ou votre parchemin, un poëme, une histoire, une harangue, ou a peint un tableau sur votre toile, la chose sera commune à proportion.* En effet dans la communauté le domaine pour une millieme, & même pour une millioniéme partie, n'a rien d'absurde. Quant à ce qui regarde le droit dans le partage d'une chose commune, lorsqu'elle n'est pas susceptible de division, & que la communauté ne peut subsister, c'est ce que nous verrons en son lieu. (*n*)

Des rejettons. §. CCXL. *Les rejettons sortis dans votre fonds des racines d'un arbre voisin, & les herbes crues dans votre fonds, & venant de l'herbe d'autrui, sont à vous;* car on peut les regarder comme les fruits de votre fonds, puisque la nature les y a produits (§. CXCVIII.).

Du droit sur l'arbre d'un voisin. §. CCXLI. Puisque les choses sont soumises au domaine à cause de l'usage qu'on en peut tirer (§. CXXI. CXCV.); *avec le fonds est censé soumis* aussi *au domaine, l'espace de l'atmosphère qui est perpendiculairement au-dessus du fonds, aussi haut qu'il peut être occupé au-dessus de quelque surface* (*); pour abréger nous l'appellons *espace atmosphérique.* Puis donc que *les branches de l'arbre d'un voisin, qui s'étendent dans votre espace atmosphérique*, sont dans le cas des herbes qui viennent dans votre fonds, de l'herbe d'autrui, lesquelles sont à vous (§. CCXL.), ces branches *sont à vous, de même que*, par conséquent, *les fruits qu'elles portent* (§. CCXXVIII.); *& si elles empêchent que vous ne puissiez faire, de votre fonds, l'usage que vous voulez, vous avez droit d'ébrancher l'arbre*, comme *votre voisin a celui de le couper*, puisqu'il a le droit de disposer de la substance-même de l'arbre, droit qu'on ne peut lui ôter malgré lui (§. CXCV.).

De l'accession naturelle, artificielle, & mixte. §. CCXLII. *L'accession* (†) est l'addition faite à une chose qui a déjà une certaine forme, d'une autre chose qui se trouve par-là y être attachée, & exister

moins d'adjuger l'édifice au fonds. Si le bâtiment peut être transporté, la chose est sans difficulté; & c'est aussi pour cela que SCEVOLA n'adjuge pas un grange de bois, construit sur le fonds d'autrui & transportable, à celui qui est maitre du fonds.

Le motif des décisions des Jurisconsultes Romains paroit avoir été d'établir quelque chose de fixe dans une matiere, où la diversité des circonstances, l'estimation incertaine des dommages & intérêts, & la sûreté que chacun doit avoir par rapport à ses fonds, pouvoient multiplier les contestations à l'infini; & troubler la tranquillité publique: d'ailleurs ils n'admettoient pas la communauté, dont parle notre Auteur; & ils avoient, ce me semble, raison de ne le pas faire: 1 parce que personne ne doit être exposé à devoir contracter une communauté malgré soi: 2. parce que les communautés sont des sources de différends & de disputes. BARBEYRAC fait de très-bonnes réflexions sur cette matiere dans ses notes sur GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *C.* VIII. §. 19. & 20.

§. CCXXVIII (*m*) Voyez *Inst.* §. 32. *de rer. div.* Nous avons à faire sur ce paragraphe les mêmes observations que sur le précédent. Nous y ajouterons seulement en demandant, comment fixer & déterminer le cas, si le maître du fonds ne veut absolument point être en communauté? Le Droit Romain le décide, ce me semble, suivant les regles de l'équité. Aussi la disposition du Droit Romain est-elle en usage dans toute la France.

§. CCXXXIX. (*n*) On taxe d'absurdité le paragraphe 33. des *Institutes de rer. div.* qui répond à celui-ci; mais il me semble que c'est à-tort. Le Droit Romain ne laisse-t-il pas à celui qui a em-

ster en elle. Ce qui est ainsi ajouté s'appelle *l'accessoire*, & la chose à laquelle il est ajouté s'appelle *la chose principale*. On appelle *accession naturelle* celle que fait la naturelle seule; *artificielle*, celle que font les hommes; & *mixte*, celle à laquelle la nature & l'industrie humaine contribuent, & que l'on auroit pu aussi appeller accession *d'industrie* (§. CCXXIV.). *Si la chose d'autrui ajoutée à la vôtre peut en être séparée sans dommage de l'une ni de l'autre*, si par exemple, la pierre précieuse de quelqu'un a été enchassée dans la bague d'un autre, *la pierre reste à son maître; autrement la chose principale avec l'accessoire devient commune* (§. CXCV.) comme dans le cas du §. CCXXXV.; mais *si la chose ajoutée n'est à personne, elle continue à n'être à personne, aussi long-temps qu'on ne s'en empare point* (§. CCX.). Dans l'accession artificielle, c'est par la destination qu'il faut juger quel est l'accessoire, & quel est le principal (*). (*o*)

§. CCXLIII. On dit qu'une *chose périt*, si elle cesse d'exister. On dit qu'une *espèce périt*, si la forme est détruite, la matiere subsistant encore. Le maître seul ayant droit sur une chose (§. CXCV.), *la chose périt pour le compte de son maître*, c'est-à-dire, qu'*il perd son droit sur la chose*; mais *quand l'espèce périt, il reste maître de la matiere*. *Des choses qui périssent.*

§. CCXLIV. Il paroît de-là, que *si le courant d'un fleuve enleve insensiblement quelques particules de terre, de façon que par laps de temps, votre fonds en soit diminué sensiblement, ou même si des parties sensibles sont emportées tout-d'un-coup, & dissoutes dans l'eau, vous perdez votre domaine sur la partie retranchée de votre fonds*. (*p*) *Des fonds diminués par le courant d'un fleuve.*

§. CCXLV. Mais *si le courant du fleuve a détaché quelque partie de votre fonds, & l'a portée auprès du fonds de votre voisin*, puisqu'alors la chose n'est pas périe (§. CCXLIII.), & que votre domaine ne peut vous être enlevé & passer à un autre malgré vous (§. CXCV.), *cette partie reste vôtre, aussi long-temps que vous ne l'abandonnez pas* (§. CCIII.). Au reste quand une partie de votre fonds est ainsi emportée vers le fonds de votre voisin, par la force du courant d'un fleuve, ou par quelqu'autre accident, cela s'appelle *avulsion*. (*q*) *Du droit d'avulsion.*

§. CCXLVI. *Si le lit naturel d'un fleuve est entièrement abandonné, parce que le fleuve coule d'un autre côté*, comme le lit est à celui à qui est le fleuve, & qu'il ne pé- *Du lit qu'un fleuve abandonne.*

employé le papier, l'action pour tout ce qu'il y a couché? Et cette action ne lui donne-t-elle pas tout ce qu'il peut souhaiter? La différence que le Droit Romain semble faire, entre un papier sur lequel on aura écrit, & une toile sur laquelle on a peint, n'est pas si considérable, à mon avis, que les Interprètes le pensent, puisque, suivant le §. 34. *Inst. de rer. div.* le maitre de la toile peut demander le tableau, moyennant qu'il paie le prix de la peinture.

(*) Ainsi j'ai droit d'élever un bâtiment sur mon fonds, d'autant d'étages qu'il me plaira, & que je pourrai, s'il n'y a point d'ailleurs quelque droit d'autrui qui m'en empêche. R. d. T.

(†) Nous ne voyons pas pourquoi Mr. BARBEYRAC a évité de suivre Mr. COURTIN, qui, dans sa traduction de GROTIUS, a rendu *accessio* par *accession*, mot tout aussi intelligible qu'*accessoire*, que Mr. BARBEYRAC y substitue: quoiqu'il en soit, nous avons besoin ici de deux mots, puisque Mr. WOLF distingue *accession* & *accessoire*. R. d. T.

(*) Ce n'est pas toujours la chose la plus précieuse qui est la principale, mais c'est celle qui est faite pour l'autre; ainsi les pierreries ajoutées à un vase pour l'orner, sont l'*accessoire*, quand même elles valent plus que le vase, qui n'en est pas moins la chose principale: un utensile d'or, au contraire, fait pour transporter plus commodément des pierreries, n'en est que l'*accessoire*. R. d. T.

§. CCXLII. (*o*) Nous renouvellons ici ce que nous avons dit ci-dessus, sur la communauté que notre Auteur établit ici.

§. CCXLIV. (*p*) Voyez §. 20. des *Inst. de rer. div.*

§. CCXLV. (*q*) Voyez §. 21. des *Inst. de rer. div.*

§. CCXLVI.

périt pas (§. CCXLIII.), il paroît, comme ci-dessus (§. CCXLV.), qu'*il reste à celui à qui est le fleuve. Si* donc *le fleuve n'est à personne, le lit abandonné ne sera non plus à personne;* par conséquent, *celui qui a le droit de premier occupant peut s'en emparer* (§. CCX. CCXV.). (*r*)

Des îles formées d'un champ.

§. CCXLVII. Il paroît de même, que *si le fleuve forme une île de votre champ, ou d'une partie de votre champ, cette île est à vous;* & que *s'il la forme d'un champ commun, elle est commune à proportion.*

Du lit formé du champ de quelqu'un.

§. CCXLVIII. *Si le fleuve se forme un nouveau lit dans votre champ,* le nouveau lit étant considéré comme une chose que vous avez perdue, & que vous avez encore espérance de recouvrer, le fleuve pouvant rentrer dans son ancien lit, ou couler d'un autre côté (§. CCXX.), *vous conservez votre domaine sur ce nouveau lit* (ibid.) par conséquent *le champ rétabli, ou une de ses parties quelconque rétablie, est à vous.*

Du droit sur les terres inondées.

§. CCXLIX. Pareillement, *si tout votre champ est inondé, quand même l'inondation dureroit quelques années, vous conservez votre domaine sur ce champ* (§. CXCV.), *aussi long-temps que vous ne l'abandonnez pas* (§. CCIII.).

Des îles nées dans la mer, ou dans un fleuve.

§. CCL. *S'il se forme une île dans la mer, ou dans un fleuve, par quelque hazard que ce soit,* comme par un tremblement de terre, ou *parce que peu-à-peu le fleuve a formé une éminence au-dessus du lit, & l'a augmentée, en continuant d'y charrier de nouvelles matieres,* puisque c'est-là une chose qui n'existoit pas encore dans la nature, *elle ne sera à personne* (§. CXCI.), par conséquent *celui qui a le droit de premier occupant pourra s'en emparer* (§. CCX. CCXV.). *Mais s'il se forme une île dans un fleuve, parce qu'il a laissé à sec un endroit, qui étoit auparavant partie de son lit, & qu'il s'est mis à couler autour,* puisqu'alors ce n'est qu'une partie du lit abandonnée, *elle sera à celui à qui est le fleuve,* & par conséquent, *elle ne sera à personne, si le fleuve n'est à personne* (§. CCXLVI.).

Du droit d'alluvion.

§. CCLI. On appelle *alluvion,* une accession naturelle formée par des particules de terre, qu'un fleuve ajoute insensiblement au fonds adjacent, qui en reçoit à la longue un accroissement sensible. *L'accroissement fait par alluvion,* étant une chose qui n'existoit pas encore dans la nature, il paroît, comme ci-dessus (§. CCL.), qu'il *n'est à personne,* & par conséquent que *celui qui a le droit de premier occupant peut s'en emparer.* (*s*)

Examen plus particulier de ce droit.

§. CCLII. On distingue les terres en *terres assignées,* c'est-à-dire, renfermées dans une certaine mesure, comprenant un certain nombre d'arpents, par exemple; en terres *limitées,* c'est-à-dire, terminées par des limites fixes artificielles, ou placées par le fait des hommes; enfin en terres *arcifinies* (*), c'est-à-dire, qui ont des bornes naturelles, telles que des fleuves, des montagnes, des forêts. Celui qui a voulu que son champ fut arcifinie, étant censé s'être emparé du droit de s'emparer de l'accroissement fait par alluvion, & celui qui a un champ mesuré ou

§. CCXLVI. (*r*) Ce paragraphe répond au §. 23. des *Instit. de rer. div.* quoique la décision de notre Auteur soit plus générale.

Ce qui est dit ici dans les §§. CCXLVII. CCXLVIII. CCXLIX. & CCL. répond aux §§. 22. 23. & 24. des *Instit. de rer. div.*

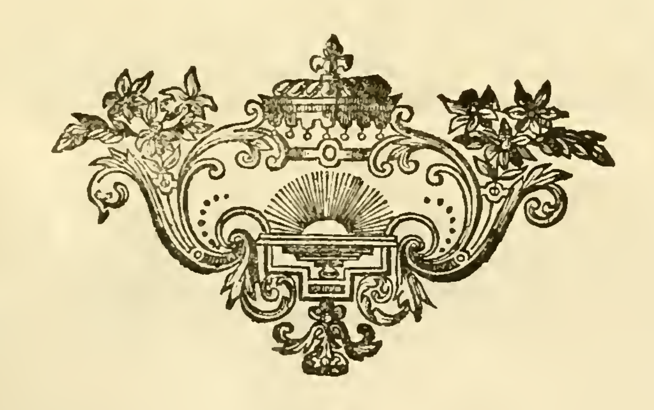
§. CCLI. (*s*) Voyez *Inst.* §. 20. *de rer. div.*

(*) Nous conservons le mot latin, à l'imitation de Mr. BARBEYRAC, n'y ayant point de mot françois qui y réponde; on donne différentes étymologies de ce mot. Voyez la Traduction de GROTIUS par BARBEYRAC, *L.* II. *Ch.* III. §. 16. *not.* 6. R. d. T.

ou limité, n'étant point censé s'être emparé de ce droit; il s'ensuit que *le droit d'alluvion appartient à celui dont le champ est arcifinie, & non point à celui qui a un champ assigné, ou limité* (§. CCLI.). C'est pourquoi, puisqu'un champ n'est point arcifinie, s'il y a entre lui & le fleuve un chemin public, qui ne soit pas dû par le champ, comme en étant une partie; *si entre le champ & le fleuve il y a un chemin public, & qu'il ne soit pas dû comme une partie du champ, le droit d'alluvion n'est point attaché au domaine du champ.*

§. CCLIII. Les lacs & les étangs ayant leurs limites, de sorte que quand ils croissent ou qu'ils décroissent, cela n'ôte ni n'ajoute rien aux fonds voisins, mais que chacun peut retenir son domaine sur ce qui lui appartient; *le droit d'alluvion n'a pas lieu à l'égard des lacs & des étangs* (§. CCLI.). Au reste on appelle *lac* une eau non courante, si elle est perpétuelle; & si elle n'est pas perpétuelle, mais qu'elle couvre le fonds seulement dans une certaine saison, on l'appelle *étang*. Si quelquefois les lacs se sechent par hazard, elle n'empêche pas la perpétuité dans le sens dont il s'agit ici. *S'il a lieu à l'égard des lacs & des étangs.*

§. CCLIV. La communauté étant positive, lorsque le domaine sur une chose indivise appartient à deux ou plusieurs conjointement à proportion (§. CXCVI); *la communauté introduite par spécification* (§. CCXXXI.), *par confusion & par mêlange* (§. CCXXXV.), *par soudure* (§. CCXXXVI.), *par la construction des bâtimens* (§. CCXXXVII.), *par les plantations, & les semailles* (§. CCXXXVIII.), *par l'écriture & la peinture* (§. CCXXXIX.), *& par accession* (§. CCXLII.), *est une communauté positive. A proprement parler cette sorte d'acquisition de domaine n'est pas primitive; cependant entant que la chose commune n'existoit pas auparavant dans la nature, cette acquisition est équivalente à l'acquisition primitive* (§. CCX.). *Quelle espèce de communauté résulte de ce que nous avons dit.*



CHAPITRE III.

Des obligations & des droits qui naissent du domaine. (†)

Si le domaine renferme le droit de détruire sa chose. §. CCLV. *Le maître* ne devant pas user de sa chose autrement que ses devoirs ne l'exigent (§. CCII.), il *ne doit pas, sans y être poussé par quelque obligation naturelle, détruire sa chose, la gâter, ou la détériorer:* donc *le domaine n'emporte pas le droit de détruire ou de détériorer sa chose* (§. XLIX.). En effet le droit qu'a le maître de disposer de sa chose à son gré, découle de la liberté naturelle (§. CXCV.), qui n'anéantit point l'obligation naturelle (§. LXXVII.).

Du droit de changer, & de spécifier sa chose. §. CCLVI. On dispose de la substance de la chose en changeant un fonds, ou sa surface, ou en changeant quelqu'autre chose, ou en faisant une espéce avec quelque matiere, cela est évident par soi-même. Puis donc que *le maître* a le droit de disposer à son gré de sa substance, ou qu'il en a la propriété (§. CXCVIII.), il *a* aussi *le droit de changer son fonds, ou sa surface, ou d'y changer quelqu'autre chose, & de faire une espéce avec sa matiere; mais le changement, & la spécification sont illicites pour celui qui n'est pas le maître* (§. CXCV.).

Du droit d'aliéner. §. CCLVII. Par la même raison, *le maître a droit, en vertu de la propriété, de transférer à un autre le domaine de sa chose,* & par conséquent, puisque la translation du domaine à un autre, s'appelle *aliénation de la chose,* parce que la chose passe à un autre maître que celui qui l'étoit auparavant (*), il a *le droit de l'aliéner; mais toute aliénation de la chose d'autrui est illicite,* puisqu'elle se fait par celui qui n'est pas le maître (§. CXCIX.); d'où il suit encore qu'*une chose reçue de celui qui n'en est pas le maître, ne devient pas la chose de celui qui la reçoit, mais* qu'*elle appartient toujours à son maître* (§. CCV.). Et puisque les choses incorporelles, telles que sont les droits (§. CXXI.), sont aussi dans le domaine (§. CCVI.), *le maître peut* aussi *aliéner ses droits,* tels que *le droit de pêche, de chasse,* &c. (*t*)

§. CCLVIII.

(†) CHAP. III. L'Auteur ayant traité de la communauté primitive, des droits & des devoirs qui y sont attachés, de l'origine du domaine, ensuite de la maniere originaire d'acquérir le domaine des choses, il nous donne dans ce chapitre-ci les principes de tous les devoirs & de tous les droits qui résultent du domaine. Il faut être attentif à se représenter continuellement le fil qu'il suit, afin de bien saisir le développement des vérités qu'il démontre, & les principes dont il les déduit.

(*) *Alienation* vient du mot latin qui signifie un autre. R. d. T.

§. CCLVII. (*t*) Ce qui est dit ici, savoir qu'une chose acceptée de celui qui n'en est pas le maitre, ne passe pas à l'acceptant, mais reste au maitre, mérite attention: c'est en vertu de cette regle qu'ULPIEN dit *l. 9. ff. de rei vind. Officium autem judicis in hac actione* [*in*] *hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat. Nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem. . . . . . . Puto autem, ab omnibus, qui tenent, & habent restituendi facultatem, peti posse.* Nous verrons dans la suite que la proposition que l'Auteur énonce dans ce paragraphe, savoir *qu'une chose reçue de celui qui n'en étoit pas le maître, ne passe point à l'acceptant & reste à son maître,* n'est pas universellement vraie, & qu'elle ne résulte pas non plus du principe sur lequel l'Auteur l'établit.

(†) *Don* differe de *donation*, dont il sera parlé (§. CCCCLXXV.), en ce que celle-ci renferme l'idée de *gratuit*; par cette raison, il ne faut pas confondre l'idée de *don*, dans le sens où il est pris ici, avec celle de don, *présent*; *don* exprime simplement ici l'action

§. CCLVIII. La translation du domaine à un autre, considérée en elle-même sans rapport au maître, s'appelle *don* (†), ensorte que *donner* est la même chose que transférer le domaine d'une chose à un autre; il paroît donc que *le maître seul peut donner une chose à quelqu'un*, & par conséquent que *personne ne peut donner à un autre la chose d'autrui* (§. CXCIX.). (*u*) *Du droit de donner une chose.*

§. CCLIX. Quand le maître aliene sa chose, il en transfere le domaine à un autre (§. CCLVII.), & par conséquent il lui transfere le droit à tous les actes permis en vertu du domaine. Donc *il peut* aussi *transférer à un autre le droit à quelque acte que ce soit, permis en vertu du domaine, & conserver cependant le domaine*, qui toutesfois est évidemment diminué en pareil cas, puisque ce droit transféré devient propre à un autre, à qui on ne peut l'enlever malgré lui (§. C.). *Du droit de conférer à un autre le droit à quelque acte permis, en vertu du domaine.*

§. CCLX. Pareillement puisque *le maître* peut disposer à son gré de toute l'utilité de sa chose (§. CXCV. CXCVIII.); il *peut* aussi *constituer à un autre un droit quel conque sur sa chose, mais cela n'est pas permis à celui qui n'est pas le maître.* Tels sont le droit de puiser de l'eau dans mon puits; celui de passer par mon fonds, pour aller dans le vôtre. *Du droit constitué sur sa chose.*

§. CCLXI. Puisque le maître conserve le domaine sur une chose qui, de quelque façon que ce soit, est tombée en votre pouvoir, de maniere que vous la puissiez posséder (§. CC. CCV.), qu'ainsi tout acte appartenant à l'exercice du domaine vous est illicite (§. CXCV.); puisque d'ailleurs vous devez prendre garde qu'un autre ne tombe pas dans les maux de la fortune (§. CXXXIV.), & par conséquent qu'il ne perde sa chose (§. CCVII.); *si la chose d'autrui tombe en votre pouvoir, de quelque façon que ce soit, vous devez travailler à la faire rentrer au pouvoir de son maître*, par conséquent, *il faut restituer la chose à son maître, si vous le connoissez, sinon, il faut s'informer qui il est.* Vous en avez un exemple dans une chose perdue, que vous avez trouvée, ou dans une chose qui se meut d'elle-même, qui entre dans votre fonds. *De la restitution de la chose d'autrui à son maître.*

§. CCXLII. Puisque celui qui tient votre chose est obligé à la restituer (§. CCLXI.) *le maître de la chose a le droit de l'exiger de celui qui la tient* (§. XLVI.), *&, s'il ne veut pas la restituer, de l'y contraindre par la force* (§. LXXX.). Le droit de poursuivre la chose par la force, contre quiconque la possede, ou la détient, s'ap- *De la revendication d'une chose.*

l'action de donner, en latin *datio*, & non pas *donum*. R. d. T.

§. CCLVIII. (*u*) Le mot *donner* me paroît sujet à équivoque; & il me semble que ce mot n'emporte pas le sens, que notre Auteur lui donne ici: il désigne en général la translation du domaine d'une chose *entant que nôtre*, soit qu'elle le soit effectivement ou point. Ce n'est pas à celui à qui vous transférez le domaine d'une chose à rechercher, si elle est réellement à vous, ou non: il a lieu de présumer qu'elle est à vous, parce que vous la possédez, parce que vous la présentez comme la vôtre, & qu'il ne voit pas qu'on vous en conteste le domaine. Il n'y auroit pas moyen de faire quelque commerce dans la société, si l'on devoit rechercher avant de contracter, si celui, avec lequel nous concluroms, est véritablement maître de la chose, ou non. La définition de l'Auteur semble avoir été prise des idées, que le Droit Romain nous suggere sur la translation du domaine: je voudrois la changer par l'addition de *vel tanquam suæ*, ainsi: *ut dare idem sit ac dominium rei suæ, vel tanquam suæ, transferre in alterum.*

En changeant ainsi la définition de l'Auteur, elle ne prêtera plus de fondement à la regle générale qu'il en tire, savoir qu'il n'y a que celui, qui est maître d'une chose, qui puisse la donner, & que personne ne peut donner le bien d'autrui, puisqu'il sera possible que celui, qui possede le bien d'autrui pourra le donner, pourvu qu'il le fasse comme bien à lui appartenant. A la vérité il ne le pourra pas dans un sens moral, & relativement à celui qui en est le maître, & par cet acte il blessera le droit de celui à qui le bien, qu'il donne, appartient: mais comme le vice moral de son action ne sera relatif qu'à celui, dont il aura blessé les droits, ce vice ne rend pas le don vicieux, relativement à l'acceptant.

s'appelle *révendication de la chose*, ou *droit de révendiquer sa chose.* Donc *le maître a droit de révendiquer sa chose, contre quiconque la possède ou la retient.* Cependant comme c'est au maître que la chose doit être restituée (§. CCLXI.), *quand vous révendiquez votre cho-*

§. CCLXII. (*x*) Dans la note au paragraphe CCLVII. j'ai indiqué le principe, sur lequel on fonde la réclame d'une chose. Je vais l'examiner dans celle-ci: la matiere est assez importante pour que je m'y arrête. Je le ferai d'abord en m'attachant aux idées communes. Je passerai ensuite à la démonstration de notre Auteur; & ce petit examen pourra servir encore à prouver l'excellence de sa méthode.

On adopte pour principe que tout acte moralement vicieux, est par cela-même nul. De-là on déduit que celui, qui transmet une chose qui ne lui appartient pas, & qui par-là fait un acte moralement vicieux, fait par cela-même un acte nul par lui-même. Le vice de l'action consiste en ce qu'il n'y a que le véritable maître, qui puisse faire passer une chose dans le domaine d'un autre; ou, pour parler avec plus d'exactitude, qu'un bien ne passe pas dans le domaine d'autrui sans le consentement du maître: d'où l'on conclut, que si une chose a été alienée par celui qui n'en avoit pas le droit, l'aliénation est nulle; & que si le maitre la révendique, il faut la lui restituer. Voyons s'il n'y a rien à redire à ce raisonnement. D'abord je remarque que l'axiome: *un acte moralement vicieux est nul par lui-même*, est un principe équivoque, qui n'est pas vrai à tous égards, & qui est même faux, dans le sens qu'on paroît lui donner ici. Il est impossible d'anéantir un acte & de le rendre nul: l'existence de ce qui est, de ce qui a été, & de ce qui sera, ne sera jamais nulle & ne peut l'être. Ainsi, considérer un acte fait comme ne l'ayant point été, c'est pécher contre l'évidence des premieres vérités. Un acte moralement vicieux ne peut devenir nul par le vice moral qui lui est adhérent: il existe cet acte, & comment existe-t-il? avec le vice moral qui l'accompagne: que produit ce vice? qu'on ne peut tirer aucun droit à l'avantage de celui qui l'a commis, ni aucune obligation au désavantage de celui contre lequel il a été commis. Il fait que celui qui a commis l'action vicieuse doit la redresser, ou bien indemniser celui qui souffre par ce vice; & dans le cas, dont il s'agit, que celui qui s'est approprié le bien d'autrui & qui l'a aliéné doit le restituer, s'il en a le pouvoir, ou, s'il ne l'a pas, dédommager celui, à qui il l'a enlevé. Tel m'enleve une piéce de porcelaine, qu'il brise: l'acte est-il nul? Non. Celui qui me fait ce tort, doit le réparer, & n'ayant pas la piéce, il doit me donner ce qu'elle me vaut. Un autre me vole ma montre, il la vend: ces deux actes de sa part sont vicieux; il n'avoit pas droit de voler ma montre; il n'avoit pas droit de la vendre. Qu'en résulte-t-il? qu'il doit me la rendre, ou me dédommager de la perte. Et voilà tout ce que désigne la nullité, énoncée dans l'axiome en question. Mais en résulte-t-il, qu'un tiers, qui achette la montre du voleur, commet une action vicieuse? Par quel principe le prouve-t-on? Que le voleur brise la porcelaine, ou qu'il soustraie la montre au pouvoir du propriétaire, & au sien propre, c'est toujours un acte physique & moral, dont il est comptable envers le maître: & celui qui de bonne foi fait l'acquisition de la montre, ne participe à ces deux actes relativement au maître pas plus que les pierres, contre lesquelles la porcelaine a été brisée. De-là on voit, qu'en appliquant l'axiome, *tout acte moralement vicieux est par cela même nul*, au cas, dont il s'agit ici, cet axiome ne désigne autre chose, si non qu'un acte vicieux, ne peut jamais donner le droit à celui qui l'a commis; & que c'est dans ce sens, qu'il faut prendre ici la maxime, que ce qui est vicieux dans sa source, ne peut produire aucun droit.

Mille difficultés d'ailleurs résulteroient de la nullité, prise dans le sens qu'on lui donne sur ce sujet: comment faire le Commerce, si les Marchands avoient continuellement cette nullité à craindre? Un Négociant d'Amsterdam fait venir une quantité de Vins de Bourdeaux: il les reçoit: il les vend, soit en tout soit en partie, avant même de les avoir reçus; & celui qui les lui achette les vend à son tour à d'autres, qui en font autant. Si l'on étoit exposé à voir révendiquer ces marchandises, à devoir les rendre, à quoi aboutiroit le Commerce? Malgré tout cela le droit de révendiquer les effets a lieu dans une infinité de cas; & on le trouve admis dans les pays-mêmes, où le Commerce fleurit le plus. Voyons si nous ne pouvons pas en démêler la véritable source, & en indiquer en même tems l'étenduë & les limites.

Les Jurisconsultes Romains, qui ont admis le droit de réclame dans le sens le plus étendu, ne se sont pas mis en peine de nous dévoiler le principe sur lequel ils le fondoient. Tout chez eux aboutit à un fait; savoir que tout homme pouvoit révendiquer son bien sur celui qui le possédoit. Mais l'illustre GROTIUS, dans son immortel Ouvrage *du Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* X. a tâché de nous en expliquer la raison. Voici comme il en parle, §. I. n. 3. „ Dans l'état de „ la communauté primitive, il falloit garder quel„ que égalité, en sorte que chacun pût se servir „ aussi-bien que les autres, des choses qui é„ toient en commun: de même lorsqu'on a intro„ duit la propriété des biens, les propriétaires „ ont contracté entr'eux une espéce de société, „ en

chose, vous devez prouver que vous en êtes le maître, & vous ne pouvez, avant que de l'avoir prouvé, forcer l'autre à la restitution Puisque la poursuite d'un droit par la force est une guerre (§. XCVIII.); *la révendication de sa chose est une guerre.* (*x*)

§. CCLXIII.

„ en vertu de laquelle on est convenu, que qui- „ conque auroit en son pouvoir le bien d'autrui le „ rendroit à son véritable maître." On voit bien à ce raisonnement, que l'habile Jurisconsulte n'a su comment s'y prendre, pour justifier la doctrine du Droit Romain, dans laquelle il croyoit remarquer les traces d'une équité pure & simple: à mon avis il n'y a rien, qu'on ne vienne à bout d'expliquer & d'établir s'il est permis de créer des sociétés, auxquelles on puisse prêter des engagements à volonté. Il seroit plus naturel, ce me semble, de supposer, que ceux qui abandonnent une communauté de biens, le font en laissant à chacun le soin de conserver ce qu'il voudra avoir en propre. Je ne fais donc aucune difficulté d'aller plus loin que Mr. BARBEYRAC, (n. 4. à l'endroit de GROTIUS que je viens de citer) & de dire, que non-seulement il n'est pas nécessaire de supposer ici aucune convention; mais que celle, dont GROTIUS fait usage, répugne à la nature & aux caracteres des hommes; & à l'état dans lequel ils se trouvent. Les exemples qu'il rapporte pour éclaircir sa doctrine, sembleroient indiquer, qu'il ne l'applique d'abord qu'à ceux qui ont pris le bien d'autrui, ou qui en sont en possession par quelque fait, non-onéreux: mais s'il n'est pas douteux, que ces possesseurs ne doivent restituer ce bien, il est également vrai, que cette obligation résulte d'un tout autre principe que celui de la Société, imaginée par l'illustre Jurisconsulte. Ce principe est énoncé dans ces paroles des *Digestes: Jure Naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento & injuria fieri locupletiorem, l. 206. de div. reg. jur.* & c'est par ce même principe, qu'on peut & qu'on doit même expliquer la décision du Jurisconsulte TRYPHONIN, ainsi que celle de MARCIEN, dont GROTIUS parle. Il s'en sert lui-même au §. 2. & il est étonnant que ce profond génie ne l'ait pas remarqué. „ La propriété des biens (dit-il §. 2.) a „ été établie pour maintenir l'égalité, c'est-à- „ dire, afin que chacun eut le sien." Mais si j'achette un tableau, & qu'il faudra que je le rende au maître, sans la restitution du prix d'achat, l'égalité sera détruite: ce sera à mon désavantage, que tournera le tort qu'on aura fait au maître. En vain me dira-t-on, que c'est un tort que je souffre par la friponnerie de celui qui m'a vendu un bien, qui ne lui appartenoit pas. Je demanderai, si celui qui enleve quelque effet à *Titius*, lui fait tort ou non? & si en vendant cet effet ensuite à *Mevius*, il fait passer ce tort de *Titius* à *Mevius*? Il faut affirmer l'un ou l'autre, pour faire passer à *Mevius* l'obligation de restituer cet effet: & l'un & l'autre me paroît peu soutenable. Tout le monde conviendra, que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui; & que celui qui l'a fait, doit indemniser celui qui en souffre: mais il s'agit de l'application de cette maxime: elle ne favorise pas plus le sentiment de GROTIUS, que l'opinion contraire. BARBEYRAC en fait la remarque, dans sa note au §. 2. „ Mr. THOMASIUS (dit-il) qui est au fond dans „ le même sentiment que GROTIUS & PUFENDORF, „ reconnoit, dans ses notes sur HUBER *de Jure* „ *Civ. p.* 535. que quand il s'agit de voir, si un „ possesseur de bonne foi s'est enrichi par la pos- „ session de la chose-même, ou par la jouïssance „ des revenus qui en proviennent, c'est un exa- „ men sujet à des difficultés infinies, & dont on „ ne peut presque venir à bout."

Tout ce qu'on peut conclure du principe de l'égalité, sur lequel GROTIUS fonde ses raisonnements, c'est que si quelqu'un se trouve posséder le bien d'autrui, sans aucun titre, ou sans aucun titre juste relativement à lui, il est obligé de le rendre avec tous les fruits qui en dépendent: mais comme ce n'est pas là la difficulté, & qu'il s'agit de savoir, si cette même obligation a lieu par rapport à un possesseur de bonne foi; qui a acquis ce bien, sans aucun défaut de sa part dans l'acquisition, ce principe ne peut nous être ici d'aucune utilité. La question est de savoir, si c'est le maître dont on a aliéné le bien par un acte vicieux, ou bien le possesseur auquel on l'a transferé à titre onéreux, qui doit porter le dommage de ce fait? si vous dites que c'est le possesseur, je soutiens qu'en ce cas le maître fait une acquisition, aux dépends du possesseur; savoir, le recouvrement de son bien: inconvénient que GROTIUS a très-bien senti, puisqu'il veut qu'on rembourse à un possesseur les fraix de recouvrement, s'il s'est trouvé dans le cas d'en faire pour cet effet. Remarquons en passant comment l'esprit de l'homme est porté à réaliser des hypotheses; & à se persuader que les choses sont effectivement telles qu'il se l'est d'abord imaginé. L'illustre Auteur *du Droit de la Guerre & de la Paix* a supposé la communauté primitive, pour expliquer l'origine des droits & des obligations: ici il en parle, non-seulement comme si cette communauté avoit existé effectivement, mais il en conclut: 1. qu'effectivement il s'est introduit ensuite une propriété; comme si les hommes s'étoient assemblés un jour pour renoncer à la communauté, & faire entr'eux un partage réel. 2. Que dans ce partage les hommes, entant que maîtres des biens, qui leur tomboient en partage, ont contracté une espéce de Société. 3. Qu'en vertu de cet-

cette Société, on est convenu que quiconque auroit en son pouvoir le bien d'autrui le rendroit à son véritable maître. 4. Que cette obligation étant antérieure à tout contract, forme une exception à la validité des Contracts particuliers, & donne au maître le droit de réclamer son bien, par rapport à toute personne. Je n'opposerai à ces suppositions que la demande, s'il est bien à présumer que dans l'acte, par lequel la propriété des biens auroit été introduite, chacun se soit engagé à restituer un bien, qu'il auroit acquis de bonne foi, sans que le maître ne restituât ce qu'il en a couté pour l'acquérir. Je crois qu'on n'a qu'à se consulter pour répondre que non.

Afin de sauver les difficultés que je viens de détailler, on a imaginé un autre principe, sur lequel GROTIUS appuie plusieurs raisonnements & plusieurs décisions, quoiqu'il semble n'y avoir pas fait attention; savoir, que le droit de domaine est tellement inhérent au bien de la personne, à qui il appartient, que ce droit accompagne la chose par tout, & en est inséparable. Sur ce fondement, si j'achette un tableau, qui n'appartient pas au vendeur, mais à un tiers, ce vendeur ne me l'aura transferé qu'avec le droit que ce tiers y a & y conserve, c'est-à-dire, avec le droit de domaine ou de pleine propriété appartenant à ce tiers, en vertu duquel ce tiers pourra toujours le réclamer & le révendiquer: de-là est venue l'idée qu'un vendeur ne livre que la nue possession. Mais il est facile de voir dans tout cela, que c'est encore un principe imaginé pour justifier une opinion, que l'on vouloit embrasser, vraisemblablement par l'utilité que la Société civile semble pouvoir en retirer. Reduisons-le encore ce principe aux vérités qui doivent lui servir de fondement, & voyons si l'on n'y découvre pas un défaut d'exactitude. Tout droit, comme on l'a vu, est une faculté morale & en particulier le droit de domaine est celle de disposer à volonté d'une chose (§. CXCV.), cette faculté est l'attribut d'un être moral: comment est-il donc possible que cet attribut soit inhérent à la chose & puisse l'accompagner? c'est perdre toute idée de la nature & de l'essence des choses que de se l'imaginer. Cependant les Jurisconsultes Romains l'ont supposé, & ils paroissent y avoir été portés pour conserver, autant qu'il est possible, les droits de domaine à celui, auquel on auroit pu les avoir enlevés: ils n'ont pas voulu qu'un acte injuste pût faire perdre ces droits; de-là leur idée dont ils ont fait un principe, qui, à certains égards, utile, devoit d'un autre côté donner lieu à des conséquences peu justes.

Il est vrai qu'un acte, quel qu'il soit, ne peut ôter le droit à quelqu'un, à moins que cet acte ne soit fondé sur une cause morale juste: & dans ce sens, il est évident qu'un voleur, qu'un fourbe, s'appropriant le bien d'autrui, n'ôte pas au maître le droit que celui-ci a sur ce bien relativement à lui; mais un acte physique, quoiqu'il ne soit pas fondé sur une cause morale juste, ne peut-il pas mettre quelqu'un dans le cas, de devoir renoncer à son droit sur la chose qui lui a été enlevée? On n'hésitera pas sur l'affirmative, dès qu'on fera attention, que toute réparation de dommage est, pour ainsi dire, une substitution aux droits, auxquels on a été obligé de renoncer par quelque fait, qui n'avoit point de cause moralement juste pour fondement. Celui donc qui enleve le bien d'autrui, qui occasionne que ce bien soit détruit, ou passe dans le domaine d'un autre, ce qui est une destruction morale, oblige celui, à qui ce bien appartient, de renoncer au droit qu'il y avoit, acquérant sur celui qui lui impose cette obligation, le droit de dédommagement: & c'est en vertu de ce droit, qu'on réclame d'un possesseur de mauvaise foi tout le bien avec les fruits tant naturels qu'artificiels. Veut-on soutenir que le droit du maître est inhérent à la chose, & tellement inhérent, qu'aucun fait humain ne puisse l'en détacher, qu'avec la volonté & le consentement du maître, il faudra donc aussi soutenir, qu'un bien volé & jetté, par exemple, dans la mer ou enfoui en terre, demeurera en toute éternité au maître ou à ses héritiers, & je ne vois pas trop comment on conciliera cela avec la prescription, ni avec les autres maximes de droit qu'on admet, par rapport aux biens que nous perdons par des faits, quoiqu'injustes dans le fonds: un jugement inique, par exemple, peut adjuger un bien à quelqu'un, qui le prétend sur un faux titre: ce jugement, tout inique qu'il est, nous fait perdre notre droit; il ne le pourroit certainement pas, si notre droit étoit tellement inhérent à la chose, qu'aucun fait vicieux ne pourroit l'en détacher. Je sais bien qu'il y a des raisons, pourquoi il faut admettre la maxime, *res judicata pro veritate habetur*: mais ce n'est pas de quoi il s'agit maintenant: il suffit que l'on fasse voir, que des faits, quoique injustes, peuvent faire perdre le domaine ou la pleine propriété: & ceci prouvé, il faut convenir que le principe, sur lequel on fonde le droit de révendiquer, & que je combats ici, répugne encore à d'autres principes que l'on adopte également.

Mr. BARBEYRAC plaide ma cause dans la n. 1. au *Liv.* IV. *Ch.* XIII. §. 3. *du Droit de la Nature & des Gens*, par PUFENDORF. „ L'obligation „ (dit-il) de rendre le bien d'autrui, qui est „ tombé entre nos mains, suit du but de la pro„ priété-même, aussi naturellement que de ne „ pas le prendre. Mais cette obligation doit être „ entendue de telle maniere, qu'on ne détruise „ pas pour cela les droits de la possession de bon„ ne foi, ou de la propriété putative, laquelle, „ comme je l'ai remarqué sur le chapitre précé„ dent §. 8. n. 3. produit le même effet que la „ propriété la plus réelle & la plus incontestable, „ tant que le véritable maître ne paroît pas. C'est „ à quoi ni GROTIUS, ni notre Auteur, ni aucun „ autre, que je sache, n'a pris garde. Aussi voit-

„ on

„ on qu'ils font fort embaraffés à décider plu-„ fieurs cas, qui fe préfentent fur cette matière, „ & que leurs décifions ne s'accordent pas tou-„ jours les unes avec les autres: preuve éviden-„ te, que le principe, fur lequel ils raifonnent, „ n'eft pas bien clair. Je dis donc qu'un des „ principaux ufages des biens que chacun a, é-„ tant d'entrer dans le commerce de la vie, & „ cet ufage demandant, que le poffeffeur de bon-„ ne foi foit réputé, à tous égards, légitime pro-„ priétaire; un tel poffeffeur n'eft obligé à ren-„ dre que ce qui eft en nature; c'eft-à-dire, ce „ dont il ne s'eft point encore défait, ou qui n'a „ pas péri de quelque maniere: car alors il ne „ tient plus rien, & ainfi il ne peut rien rendre, „ comme notre Auteur le reconnoit lui-même, „ à l'égard de ce que l'on a donné ou revendu, „ fur le même pied qu'on l'avoit acquis, & de ce „ qui vient à périr ou à fe perdre. De plus, tout „ ce que le poffeffeur de bonne foi a fait & exé-„ cuté, comme tel au fujet du bien d'autrui, qu'il „ a lieu de croire fien, eft auffi valide par rap-„ port à lui, que s'il avoit difpofé d'une chofe, „ à quoi perfonne d'autre n'eût eu rien à préten-„ dre, & le profit qui peut lui être revenu de ce „ bien, pendant qu'il l'a poffédé de bonne foi, „ ou lorsqu'il s'en eft défait, lui appartient par „ conféquent. Car comme il étoit & qu'il devoit „ être cenfé véritable propriétaire, les droits & „ les émoluments de la propriété lui competent „ abfolument, jusqu'à ce qu'il n'ait plus lieu de „ s'attribuer cette qualité. Et alors, fi l'ancien „ maître recouvre fon bien, il recommence, „ pour ainfi dire, fur de nouveaux fraix, à exercer „ fes fonctions: la jouïffance paifible du poffes-„ feur de bonne foi, eft comme une efpéce d'in-„ terregne, qui, interrompant le pouvoir du vé-„ ritable propriétaire, affure au propriétaire pu-„ tatif les effets de fon adminiftration, qu'il a „ eue en main avec une pleine autorité. Cela „ pofé, voici jusqu'où s'étend, à mon avis, l'o-„ bligation naturelle de rendre le bien d'autrui, „ dont on a été en poffeffion de bonne foi & à „ jufte titre. Si l'on en a difpofé par un acte „ valide & irrévocable en faveur d'un tiers, qui „ l'a reçu auffi de bonne foi, on n'eft tenu à au-„ tre chofe qu'à aider, fi l'on peut, l'ancien maî-„ tre, à tirer raifon de celui qui lui a pris ou „ retenu fon bien malicieufement, & à déclarer „ au nouveau poffeffeur la découverte des droits „ du véritable propriétaire, afin qu'il faffe à fon „ égard ce qu'il doit. Que fi la chofe eft encore „ entre les mains du poffeffeur de bonne foi, ou „ il en a acquis la poffeffion fans qu'il lui en „ coutât rien, ou il lui en a couté quelque cho-„ fe pour l'avoir. Dans le premier cas, comme „ quand on a reçu la chofe en pur don, ou qu'on „ l'a trouvée on doit la rendre purement & fim-„ plement, fans rien demander; à moins qu'on „ n'ait fait à l'occafion de cette chofe quelques „ dépenfes, dont on ne foit pas dédommagé „ d'ailleurs par le profit qu'elle nous a apporté. „ Dans l'autre cas, comme fi on l'a achetée ou „ reçue en gage, il eft jufte que le véritable „ maître, qui veut recouvrer fon bien, rembour-„ fe au poffeffeur de bonne foi ce qu'il a donné, „ faute de quoi celui-ci peut retenir la chofe, „ & fi l'autre ne la retire pas avant le terme de „ la prefcription, elle change alors tout-à-fait „ de maître, en forte que le premier n'a plus „ rien a y prétendre. Par ces principes il eft fa-„ cile de décider nettement toutes les queftions, „ qui ont du rapport à cette matiere, comme on „ le verra par les notes fur les paragraphes fui-„ vants, où je rectifierai les penfées de l'Auteur. „ Quoiqu'il ne s'accorde pas toujours avec Gro-„ tius, il raifonne en général fur les idées de ce „ grand homme, dont l'autorité femble l'avoir „ entraîné Je n'avance pas cela comme une fim-„ ple conjecture. Dans les *Eléments de Jurispru-„ dence Univerfelle*, qui font la premiere ébauche „ de l'Ouvrage que je commente, il avoit fenti „ le foible de l'opinion de Grotius, & il y dé-„ cide d'une maniere qui ne peut être bien fon-„ dée, qu'en fuppofant les principes que je viens „ d'établir diftinctement. Car il dit, qu'encore „ que les Loix civiles de plufieurs peuples, per-„ mettent à chacun de prendre fon bien où il le „ trouve, cependant à ne confidérer que le Droit „ Naturel, le véritable propriétaire ne doit pas „ s'en prendre immédiatement au poffeffeur de „ bonne foi, mais à celui qui l'a dépouillé de fon „ bien. Car, ajoute-t-il, pourquoi le poffeffeur „ de bonne foi perdroit-il, ou feroit-il obligé à „ la pourfuite, plutôt que le véritable maitre, „ puisqu'il n'y a point de fa faute? *Lib.* I. *Def.* „ V. §. 25, p. 77. & 78. Au refte je vois avec „ plaifir, que Mr. Treuer, Profeffeur à *Helm-„ ftadt*, a témoigné approuver abfolument mes „ idées fur cette matiere, fur le Chapitre qui ré-„ pond à celui-ci, dans l'Abrégé de *Offic. Hom.* „ *& Civ.* qu'il publia avec fes Notes en 1717."

J'ai tranfcrit ce paffage en entier parce qu'on y voit comment Mr. Barbeyrac a tâché, de déve-lopper & de préfenter les mêmes vérités, dont j'ai entrepris de donner une démonftration. Son raifonnement n'eft pas à la vérité bien précis. Il ne nous conduit pas à la fource de l'erreur, qui a fait égarer les Jurisconfultes Romains, & avec eux le célébre Grotius. Il remarque feulement que leurs décifions ne s'accordent pas toujours les unes avec les autres; & que cela fait une preuve évidente, que le principe, fur lequel ils raifon-nent n'eft pas évident: mais cette remarque ne prouve pas non plus la fauffeté de leur principe: on peut raifonner mal, quoiqu'on fe ferve d'un principe vrai: les décifions des Jurisconfultes Ro-mains auroient donc pu ne pas s'accorder, quoi-que leur principe eut été jufte & évident. Mr. Bar-beyrac, d'ailleurs, laiffe, ce me femble, beaucoup à defirer fur la preuve de fon fentiment: il le fonde fur l'un des principaux ufages des biens que cha-

chacun a, qui eſt d'entrer dans le commerce de la vie: cet uſage demande, ſelon lui, que le poſſeſſeur de bonne foi ſoit réputé, à tous égards, légitime propriétaire: c'eſt cela qu'il nomme une *propriété putative*. Or bien que ce raiſonnement paroiſſe fondé ſur les mêmes idées que j'ai préſentées ci-deſſus, il ne me paroît pas pourtant tout-à-fait concluant; car encore qu'il ſoit vrai, que l'un des principaux uſages des biens, que chacun a, ſoit d'entrer dans le commerce de la vie, vérité que les Juriſconſultes Romains n'auroient aſſurément pas conteſtée, il n'en réſulte pourtant pas, qu'un poſſeſſeur de bonne foi doive être tenu pour propriétaire légitime. On pourroit même y oppoſer, que l'un des principaux uſages des biens, que chacun a, eſt, que le propriétaire n'en ſoit privé que par ſa volonté; & l'on en auroit pu conclure, que tout poſſeſſeur, qui poſſede le bien d'autrui, ſans l'avoir acquis avec la volonté de celui auquel il appartient, ne peut être tenu pour propriétaire légitime. Je ne vois pas la ſolution que Mr. BARBEYRAC auroit pu oppoſer à cet argument. La *propriété putative*, dont il parle, exige un autre fondement: elle réſulte, ſi l'on veut, du commerce de la vie, parce que ce commerce eſt expoſé à mille inconvénients, ſi nous devons continuellement douter du titre des poſſeſſeurs; il n'y auroit pas moyen alors de faire le commerce, comme je l'ai remarqué plus haut: mais ce n'eſt pas tout. La *propriété putative* réſulte immédiatement du principe, qui veut que chacun porte lui-même le dommage qu'on lui a cauſé: c'étoit-là proprement le fondement de l'opinion de PUFENDORF, dont Mr. BARBEYRAC parle, & que ſon Auteur a enſuite abandonnée. On m'enleve une piéce de porcelaine: c'eſt un dommage qu'on me cauſe: je trouve cette piéce entre les mains de quelqu'un, qui l'a acquiſe à titre onéreux: s'il eſt obligé de me la rendre ſans qu'il ſoit indemniſé, c'eſt ſur lui que retombera le dommage qu'on m'aura cauſé. Si l'on dit que ce poſſeſſeur s'y eſt expoſé volontairement, en faiſant l'acquiſition de cette piéce: on répondra à cela avec Mr. BARBEYRAC, que, les hommes étant dans la néceſſité de ſe communiquer leurs biens, perſonne ne peut être cenſé s'expoſer volontairement, à voir réclamer ceux qu'il acquiert par un fait, dans lequel il n'y aucun vice de ſa part: & c'eſt ſur cela que ſont fondées pluſieurs loix municipales & des coutumes, qui dérogent entiérement au Droit Romain, ainſi que le remarque Mr. BARBEYRAC, dans une note, au *Dr. de la Guerre & de la Paix*, & dans laquelle il s'exprime ainſi: „ On voit par-là combien la condition d'un poſſeſſeur de bonne foi ſeroit déſavantageuſe, en comparaiſon de celle du propriétaire. Et j'oſe dire, que la maxime, dont il s'agit ici, quelque généralement qu'elle ſoit reconnue par les Juriſconſultes & Moraliſtes, eſt celle contre quoi la Raiſon ſe révoltera le plus, ſi l'on y penſe bien; & qu'elle ſuffira pour faire ſoupçonner que les principes communs, ne ſont pas appuyés ſur des fondements ſolides. Auſſi voit-on, que les coutumes de pluſieurs peuples forment des exceptions à la maxime du Droit Romain, en pluſieurs cas; comme à l'égard des choſes achetées dans une foire, établie par autorité publique; à l'égard de ce qu'on a mis en gage chez les Lombards; à l'égard de vieilles hardes, achetées d'un fripier &c. car ſi ces ſortes de choſes ſe trouvent appartenir à autrui, le poſſeſſeur de bonne foi n'eſt tenu de les rendre au véritable maître, qu'en recevant l'argent qu'il en a donné. C'eſt ce que témoigne notre Auteur-même dans ſon *Introd. au Droit de Hollande, écrite en flamand*, *L.* II. *P.* III. *num.* 13 & ZYPÆUS *Not. Jur. Belg. Tit. de rei vind. verb. Jure dominii*, comme le remarque HUBER *Præl. in Pand. Tit. de adquir. rer. dom. num.* 2. Voyez auſſi VOET *in Tit. de rei vind. num.* 8. BARB. *n.* 3. *ad L.* II. *C.* X. §. 9."

Cet excellent Commentateur de GROTIUS & de PUFENDORF s'en explique encore, avec plus de force & de vérité dans une autre note, que nous croyons devoir ajouter ici. „ Il ſuffit (dit-il n. 1. au *Droit de la Nature & des Gens*, par PUFENDORF, *Liv.* IV. *Ch.* XIII. §. 13.) „ que le propriétaire puiſſe toujours ſe faire rendre la choſe-même en eſpéce, à quiconque eſt en poſſeſſion de bonne foi. On eſt quelquefois ravi de recouvrer ſon bien, encore qu'il en coûte beaucoup, ſoit parce que la choſe eſt rare, ou qu'on en a grand beſoin, ou que l'on trouvoit un plaiſir ſingulier dans ſa poſſeſſion. D'ailleurs, ou l'on ne ſavoit pas que la choſe nous appartînt, & en ce cas-là on compte ou l'on doit compter pour gagné tout le profit qui peut revenir de ſa reſtitution; ou l'on ne ſavoit ce qu'elle étoit devenue, & alors on avoit lieu de la tenir ou pour entiérement perdue, ou pour très-difficile à recouvrer; de ſorte qu'on doit être bien-aiſe de la ravoir, en rendant même au poſſeſſeur de bonne foi ce qu'il a donné. Que ſi l'on croit la racheter trop cher à ce prix-là, & qu'on aime autant la laiſſer au poſſeſſeur de bonne foi, ce n'eſt pas la faute de celui-ci; & il n'y a aucune raiſon, pourquoi il doive perdre ſon argent, plutôt que l'autre ſon bien. Il devoit, dites-vous, bien prendre ſes précautions; mais nous ſuppoſons qu'il a pris toutes celles qu'il devoit & qu'il pouvoit prendre. La néceſſité & la nature du commerce de la vie, ne permet pas le plus ſouvent d'avoir une entiere certitude, que celui de qui l'on achete, par exemple, ou l'on reçoit en gage une choſe, en ſoit légitime propriétaire, ou puiſſe contracter avec nous validement là-deſſus; moins encore d'exiger des ſûretés particulieres, & de les faire valoir en cas d'éviction. Voyez ci-deſſus §. 3. *note* 1. Sur toute cette matiere j'ac-

„ cor-

„ corde, ce me femble, autant que l'équité naturelle le demande, les droits & les intérêts „ du propriétaire, & ceux du poffeffeur de bonne foi. Je laiffe au propriétaire plein pouvoir „ de redemander fon bien, dont il n'a pas encore „ été dépouillé par prefcription; & je mets le „ poffeffeur de bonne foi à couvert d'une perte, „ que la bonne foi-même le difpenfe de fouffrir, & dont le propriétaire n'a aucune raifon „ de prétendre le charger." Quoiqu'il ne foit pas difficile de démêler dans ces réflexions les vérités, que j'ai indiquées ci-deffus, elles font pourtant, à dire vrai, trop vagues pour produire une pleine conviction. Il n'eft pas queftion, par exemple de favoir, fi quelquefois un propriétaire eft ravi de retrouver fon bien, encore qu'il lui en coûte beaucoup; s'il n'a eu que peu ou point d'efpérance de le recouvrer; s'il doit être bien aife de le ravoir, en rendant même au poffeffeur de bonne foi ce qu'il a donné: il s'agit du droit: il s'agit de faire voir, que la juftice ne permet pas qu'on révendique d'un poffeffeur de bonne foi un bien, fans l'indemnifer. Pour ôter tout doute, à cet égard, il faut réfuter les arguments, qui établisfent le contraire, & en produire qui le prouvent. Il n'y a aucune raifon, dit Mr. BARBEYRAC pourquoi le poffeffeur de bonne foi doive perdre fon argent, plutôt que l'autre fon bien; il remarque encore, que le propriétaire n'a aucune raifon de prétendre le charger d'une perte, qui lui a été caufée. J'ai fait fentir la force de ces deux remarques ci-deffus; mais nous n'en fommes pourtant pas encore au point de pouvoir nous attribuer la victoire.

Nous devons examiner la démonftration de notre Auteur. Nul, dit-il, ne *peut* faire paffer un bien dans le domaine d'autrui, à moins qu'il n'en foit le maître. Ce principe eft vrai ou faux. S'il eft vrai, il faut en admettre les conféquences: s'il eft faux, il faut le prouver. Voyons dabord le fil de la démonftration de notre Auteur. Celui, dit-il, qui retient votre bien doit vous le rendre, & par cette raifon vous avez le droit de le révendiquer. ——— Cela ne fouffre pas de difficulté: mais qui eft-ce qui retient *votre* bien? ——— Un chacun qui poffede, fans votre confentement, un bien, au domaine duquel vous n'avez pas renoncé (§. CCV.), & cela parce qu'on retient le domaine par la feule volonté: ——— comment notre Auteur prouve-t-il qu'on retient le domaine par la feule volonté? ——— par la raifon, que celui qui manifefte la volonté d'abandonner une chofe, ceffe d'en refter le maître, d'où il conclut, que celui qui ne manifefte point cette volonté, refte maître de la chofe (§. CCIII.). Il y a dans ce raifonnement une faute de logique. Celui qui manifefte la volonté d'abandonner un bien, ceffe d'en être le maître: celui qui ne manifefte point cette volonté, en refte le maître; font deux propofitions: la feconde ne réfulte pas de la premiere. C'eft cependant fur la preuve, qu'il croit en avoir donnée, qu'il conclut dans le §. CCLVII. que perfonne ne peut aliéner un bien, dont il n'eft pas le maître; & que ce bien n'entre pas dans le domaine de celui auquel il eft transféré, mais qu'il refte au maître, fi celui qui le transfere n'a point le droit à cette action. Il eft vifible que notre Auteur n'a pas diftingué, non plus que tous les Auteurs, qui ont traité cette matiere, le vice moral, relativement à celui qui difpofe d'un bien d'autrui, & relativement à celui qui acquiert ce bien. Les vices moraux font perfonels, & ne paffent point de l'un à l'autre. Le vice de l'action de celui qui transmet le bien d'autrui, ne paffe pas dans l'action de l'acquéreur. Si dans l'action de celui-ci il n'y a aucun vice, il eft maître légitime d'un bien qu'il détient, c'eft fon bien. Ce n'eft que par un vice moral de fa part, qu'il pourroit fe trouver dans l'obligation de reftituer ce bien; parce que les devoirs font perfonnels, & que chacun n'eft tenu que de fon propre fait. S'il n'eft pas tenu à la reftitution, on n'a point de l'autre côté le droit de réclame. Voici comment on pourroit raifonner, fi l'on vouloit argumenter. Tout acte qui ne contient aucun vice moral dans celui qui le fait, eft jufte par rapport à lui; celui qui fait de bonne foi l'acquifition d'un bien d'autrui, commet un acte qui ne contient aucun vice moral dans celui qui le fait; donc cet acte eft jufte par rapport à lui. Tout acte jufte, par lequel quelqu'un fait l'acquifition d'un bien d'autrui, le rend acquéreur jufte de ce bien; l'acquéreur de bonne foi eft dans ce cas; donc il eft acquéreur jufte de ce bien: par conféquent, une chofe peut paffer dans le domaine d'autrui, fans la volonté du maître. Or dans l'état naturel, je poffede à titre légitime tout ce dont je fuis acquéreur jufte; & comme j'ai le droit de conferver dans mon domaine tout ce que je poffede légitimement; perfonne ne peut avoir le droit de le revendiquer ou de me l'ôter. Le droit de revendiquer un bien perdu, enlevé, ou volé, ne peut donc être fondé fur les principes, que nous avons examinés jufques à préfent: & la doctrine de notre Auteur, quelqu'accreditée qu'elle foit, & toute conforme qu'elle puiffe être au Droit Romain & aux ufages de différentes Nations, n'eft pas fi bien fondée qu'on pourroit fe l'imaginer.

Mais voici un autre argument, dont on fe fert, & qui mérite bien que nous nous y arrêtions: il eft fondé fur les principes de notre Auteur. Tout droit, dit-on, eft une faculté morale: fi donc on ne peut nous faire perdre une faculté morale par un acte phyfique, il s'enfuit, qu'on ne peut pas non plus nous faire perdre le domaine d'une chofe par un acte phyfique; & partant que nous confervons toujours le domaine d'une chofe, qui nous aura été prife, enlevée, ou volée, par-tout où cette chofe pourra fe trouver, & entre les mains de quiconque pourra l'avoir. Cette idée revient au droit inhérent à la chofe, dont nous avons parlé ci deffus: avec cette différen-

rence, qu'on place ce droit dans le maître, & qu'on le considere comme indestructible. Elle satisfait mieux à la nature des droits & des obligations. Tout dépend ici du sens que l'on donne à l'expression de *faculté morale*, & dabord qu'on l'aura fixé, il n'y aura, je pense, aucune difficulté. Par faculté morale on désigne la faculté d'exercer certains actes physiques, dont les autres doivent souffrir l'exécution (§. XLVI. L.): ainsi dès que j'ai la faculté d'exercer un acte physique, qu'on est tenu de souffrir de ma part, j'ai cette faculté morale que l'on nomme *droit*. Peut-on me faire perdre cette faculté par un simple fait? Dès qu'il y aura quelqu'un qui ne sera pas dans l'obligation d'en souffrir l'effet, qui pourra même s'opposer légitimement aux actes physiques que je voudrai faire, ma faculté morale sera détruite, & mon droit mis à néant. La question revient donc essentiellement à ceci: savoir, s'il est possible, que quelqu'un acquiere la faculté de s'opposer à ces actes physiques par le simple fait d'un tiers? On soutient que non; & sur cette impossibilité on soutient le droit de révendiquer son bien, par-tout où ce bien se trouve. Je remarque en premier lieu, qu'on n'allegue aucune preuve de cette impossibilité; sinon, que celui qui aliene le bien d'autrui, commet une action nulle par elle-même. J'ai fait voir ci-dessus ce qu'il faut entendre par cette nullité: je prouverai maintenant la possibilité, qu'on conteste ici, par un argument très-simple. Celui qui ne commet de son côté aucun acte vicieux, ne contracte pas non plus aucune obligation; & celui qui a acquis un bien, sans un acte vicieux de sa part, n'a contracté aucune obligation de le restituer, ou de souffrir que le maître la lui prenne. Or, puisque la faculté morale consiste dans la faculté d'exercer des actes physiques, auxquels personne ne puisse s'oposer; il s'ensuit que cette faculté est perdue, dès que quelqu'un peut légitimement s'y opposer. Si donc, par quelque acte physique, on a enlevé le bien d'autrui, & que, par un second acte, ce bien passe entre les mains de quelqu'un, de façon que celui-ci puisse s'opposer légitimement aux actes physiques, que celui, à qui on l'a enlevé, voudroit exercer; il est évident, que le simple fait d'un tiers aura fait perdre la faculté morale, puisque cette faculté ne consiste qu'à exercer des actes physiques, sans que qui que ce soit puisse légitimement s'y opposer.

Mais, dit-on, celui qui m'a enlevé mon bien, n'en a pas eu le droit, il n'a pas eu celui de l'aliéner; donc j'ai conservé mon droit de domaine; donc on ne peut m'en empêcher l'usage. Je nie la conséquence de cet argument. On n'a pas eu le droit de m'ôter le domaine d'une chose, donc on ne l'a pas fait; donc j'ai conservé mon droit; donc personne ne peut m'en empêcher l'usage: c'est-là une assertion gratuite. Car, de ce que quelqu'un n'a pas eu le droit de vous faire perdre le domaine, il s'ensuit uniquement, non pas qu'il ne puisse pas le faire dans un sens physique, mais qu'il ne peut le faire dans un sens moral, c'est-à-dire, sans contracter l'obligation de vous indemniser. Dès qu'il vous enleve un bien, de façon qu'il vous ôte la liberté de faire, par rapport à ce bien, ce à quoi vous seriez obligé, il vous enleve le droit de domaine; parce que ce bien ne peut plus faire un objet de votre choix. Dire qu'un acte physique peut bien nous empêcher, ou nous ôter l'exercice d'un droit, mais non pas le droit-même, c'est revenir toujours à la même proposition. On peut empêcher ou ôter *l'exercice* d'un droit, soit de fait simple; soit de *droit* & de fait. Dans le premier cas, votre droit est conservé; parce que personne ne peut légitimement s'opposer à votre droit: mais dès que quelqu'un peut s'opposer légitimement à *l'exercice* de votre droit, (& c'est-là le second cas) votre droit est nul; parce que ce droit suppose essentiellement que personne ne peut légitimement s'opposer à l'usage, que vous en voulez faire. Or je soutiens, & je crois l'avoir prouvé, qu'un possesseur de bonne foi peut s'opposer légitimement à l'usage, que vous voulez faire du droit de domaine d'une chose, qu'on vous a prise & qu'il a achetée; parce que, par cet achat, il n'a contracté aucune obligation vis-à-vis de vous; & que c'est au vendeur, auquel vous devez vous en prendre du dommage que vous souffrez. On vous ôte uniquement l'exercice de votre droit, si vous pouvez vous porter à cet exercice, sans qu'un autre puisse s'y opposer légitimement; ce qui a lieu vis-à-vis du voleur, ou du possesseur de mauvaise foi: mais il n'en est pas de même à l'égard du possesseur de bonne foi. Celui-ci ayant une raison légitime de s'opposer à votre exercice, votre droit s'est perdu, par l'acte de celui qui l'a fait passer entre les mains du possesseur de bonne foi. Vous me répéterez, que celui-là n'étoit pas en droit de le faire: & je répondrai à cela, que par-là il est tenu à vous restituer votre bien, s'il en a le pouvoir; de vous indemniser, s'il ne l'a point, tout comme s'il avoit brisé ou perdu ce qu'il vous auroit enlevé. La maxime des Jurisconsultes Romains, *nemo plus juris in alterum transferre potest quam ipse habuerit*, est très-vraie: mais quel en est le sens? ce n'est pas que celui, à qui on transfere un bien, ne puisse acquérir plus de droit, que n'en avoit celui dont il le reçoit; mais que celui-ci, n'ayant pas eu le droit de transférer, doit indemniser celui qui se trouve lésé par cet acte. Ce raisonnement, ajoute-t-on, nous mene à une absurdité: car supposez que *Titius* vende à *Sempronius* une maison, située à Amsterdam, & qui appartient à *Mevius*, demeurant à Leide, cette vente devra-t-elle avoir son effet, ou non? Si elle l'a, il faudra dire, que chacun peut vendre le bien d'autrui; si elle ne l'a point, il faut convenir, que l'aliénation du bien d'autrui ne peut se faire, sans le consentement du maître. Je propose toutes ces objections, parce qu'elles m'ont été faites par un jeune Jurisconsulte, dont j'estime les talents & les lumieres, & qu'elles pourroient faire balancer ceux, auxquels elles viendroient dans l'e-

l'esprit. Pour répondre à la derniere, remarquons en premier lieu que, dans toute cette matiere, il s'agit d'un possesseur de bonne foi, c'est-à-dire, d'un acquéreur, qui a dû présumer que la chose, qu'il acquéroit, appartenoit réellement à celui dont il l'a acquise. Le premier fondement, sur lequel on doit le présumer, est une possession non-contestée: je porte sur moi une montre, on doit présumer légitimement qu'elle est à moi; j'habite une maison, dont on ne connoit aucun maître, & j'en ai les titres de possession; on doit présumer qu'elle est à moi. Celui qui achette la montre, ou la maison, en devient le maître, parce qu'il en devient possesseur de bonne foi par la translation. Mais en est-il de même d'une maison, que je n'habiterois point, dont je ne pourrois représenter aucun titre de propriété; & dont on pourroit connoître le maître par des informations? Celui qui seroit assez mal-avisé pour faire l'achat, devroit en porter la peine, non pas par la regle générale, qu'un maître n'a pu perdre le domaine, sans son consentement; mais par la regle particuliere, que personne ne peut acquérir que de celui, qu'il a raison de présumer pouvoir lui transférer. C'est-là le titre qui le rend possesseur de bonne foi. Il y a une différence essentielle entre le droit & le devoir de celui qui acquiert, & entre le devoir & le droit de celui qui transfere une chose. C'est à quoi on ne paroît pas avoir assez réfléchi.

S'il en est ainsi des principes de droit, quelle peut donc être la raison, qui a mis le droit de revendiquer son bien si généralement en usage? La voici. L'utilité publique & la sûreté des possessions exigent, qu'on ne soit pas exposé à perdre son bien: il faut autant qu'il est possible couper toutes les facilités qui peuvent y donner lieu, & qui pourroient soustraire le bien d'autrui aux véritables propriétaires. C'est-là l'unique motif qui a donné lieu au droit de revendiquer. Si l'on en doute, on n'a qu'à consulter les différentes Loix particulieres, par lesquelles ce droit a été ramené à son véritable principe. Mais que resulte-t-il de ce motif? C'est que celui, qui a perdu son bien peut le réclamer de quiconque ne prouve point l'avoir acquis à juste titre de sa part; & qu'il peut encore le réclamer de quiconque le possede à juste titre, moyennant que celui-ci soit indemnisé. La raison de cette conclusion est très-simple & très-naturelle. Celui qui ne prouve point, qu'il possede à juste titre un bien qu'un autre prouve lui appartenir, doit être censé l'avoir ôté au véritable propriétaire, ou du moins en avoir fait l'acquisition sans titre juste: c'est à lui-même qu'il doit s'en prendre, s'il n'a pas eu le soin de se munir de preuves: c'est une imprudence de sa part, dont il est raisonnable qu'il porte la charge. Celui qui prouve son titre n'a aucune raison à alléguer, pour retenir le bien d'autrui si l'on est prêt à l'indemniser: l'équité ne permet pas qu'il profite des circonstances où se trouve un voleur aux dépends d'un tiers, & d'un autre côté, il n'est pas juste que ce tiers profite des circonstances, dans lesquelles le voleur s'est trouvé, pour se défaire d'un bien mal acquis, aux dépends de celui qui le possede, & qui en a fait l'acquisition de bonne foi. L'égalité, dont GROTIUS parle, veut que le dommage, produit par le vol, tombe à la charge de celui sur lequel le vol a été commis; & que celui-ci ait droit de réclame pour ce dommage, sur celui qui a commis le vol. Tout cela suit, ce me semble, assez naturellement & assez évidemment, des principes, que notre Auteur a établis ci-devant. Aussi voyons-nous, que les hommes sont revenus à ces vérités, malgré les principes qui sembloient les combattre: ou plutôt, on a corrigé par différentes loix municipales, les inconvénients qui résultoient de l'application inconsidérée du Droit Romain. Preuve que les principes, que je combats, n'ont pas toujours eu lieu en Hollande, c'est que la Comtesse Marie a cru devoir y établir le droit de réclame par un privilége. La simplicité des anciens temps, & la bonne foi des Hollandois n'avoient point encore été corrompues par des subtilités, qu'on a respectées ensuite. On envisageoit les faits selon le bon sens, le bon sens guidoit le jugement; & on distinguoit les cas, dans lesquels on pouvoit revendiquer son bien du possesseur, de ceux dans lesquels on ne le pouvoit point faire, suivant les circonstances. Un homme vient à cheval dans un endroit, où personne ne le connoit, offre son cheval à vendre; cet acte est suspect; la sûreté réciproque des biens, que chacun possede, exige qu'on ne lui achete pas son cheval; & celui qui l'achete se rend suspect, d'avoir voulu profiter des circonstances, aux dépends d'un autre. Mais si un homme vient à cheval dans un endroit, & dans le temps qu'il y a un marché public; qu'il s'y présente pour l'offrir en vente: il n'y a point de raison de le soupçonner, quoiqu'il puisse agir imprudemment; & celui qui contracte avec lui, ne se rend pas non plus en aucune maniere suspect: rien ne peut empêcher celui-ci de faire l'acquisition d'un animal, qu'il doit supposer appartenir légitimement à celui qui offre de le lui vendre. Quelqu'un vient chez moi, & m'offre quelques piéces d'étoffe à vendre, sans avoir rien qui indique le métier de colporteur: j'ai lieu de soupçonner un vol; si, malgré cela, je lui achette quelque chose, je me rends suspect d'avoir voulu profiter de ce vol: & la raison veut que j'en sois puni, si le véritable propriétaire découvre que son bien est chez moi: je n'aurois pas dû, par mon achat, contribuer à faciliter la vente de marchandises, dont la possession est suspecte. Il y a ici deux écueils à éviter; l'un de nuire à la sûreté, que chacun doit avoir par rapport à ses biens; l'autre de nuire à la sûreté, que le commerce de la vie exige par rapport aux acquisitions: & c'est à les éviter, que tendent les loix particulieres & municipales, par lesquelles le droit de revendiquer a été limité de diffé-

Larcin, rapine, invasion.

§. CCLXIII. Quand on emporte frauduleusement la chose d'autrui, à l'insçu, & contre la volonté du maître, dans l'intention de l'avoir à soi, cela s'appelle *larcin;* si la même chose se fait par force, on l'appelle *rapine.* Celui qui commet un larcin s'appelle *larron* (*), celui qui commet une rapine s'appelle brigand ou *ravisseur.* „ La chose emportée par larcin s'appelle *dérobée*, & la „ chose emportée par rapine s'appelle *ravie*" (†). Si le larron est surpris sur le fait, ayant encore sur lui la chose dérobée, cela s'appelle un *larcin manifeste;* sinon, on l'appelle *larcin non manifeste.* Si quelqu'un à l'insçu & contre la volonté du maître, dispose en maître de l'usage de la chose, cela s'appelle *larcin d'usage;* si l'on ôte à quelqu'un la possession d'une chose mobiliaire, si, par exemple, on ôte à un créancier le gage qu'on lui a donné, cela s'appelle *larcin de possession;* mais on appelle *invasion* un fait, par lequel celui qui n'a aucun droit de posséder, chasse un autre par force de la possession où il est d'une chose immeuble, j'appelle celui qui fait cela un *envahisseur* (*). (y)

De la moralité du larcin, & de la rapine, & de la restitution de la chose dérobée ou ravie.

§. CCLXIV. Puisque le maître exclut tous les autres du droit qu'il a sur la chose (§. CXCV.), & qu'on ne peut la lui enlever malgré lui (§. C.), *il n'est permis de commettre ni larcin ni rapine.* Et puisque le domaine ne peut passer à un autre sans la volonté du maître (§. CXCV.); *la chose dérobée ou ravie appartient encore au maître*, par conséquent *il peut la revendiquer contre le larron, ou le ravisseur, ou tout autre possesseur* (§. CCLXII.), *& non seulement le larron & le ravisseur, mais encore tout autre, au pouvoir de qui elle est tombée, est obligé de la restituer à son maître* (§. CCLXI.). Et puisque tout acte contraire au domaine d'un autre est illicite (§. CXCV.); *le larcin d'usage est* aussi *illicite* (§. CXCVIII. CCLXIII.). (z)

De la moralité de l'invasion, & du droit contre l'envahisseur.

§. CCLXV. Le droit de posséder appartient au maître (§. CC.), & l'on ne doit pas le lui ôter malgré lui (§. C.). C'est pourquoi *l'invasion est* aussi *illicite naturellement, & l'envahisseur est obligé à restituer au maître la possession;* & puisque *le maître* n'est pas obligé de souffrir qu'un autre s'ingere malgré lui, à faire quelque acte permis en vertu du domaine (§. CXCV.), il *a le droit de chasser l'envahisseur à son tour d'une possession injuste, s'il ne veut pas la restituer;* par conséquent, *il a le droit de guerre contre l'envahisseur* (§. XCVIII.).

Si le maître peut se rendre coupable de larcin, de rapine ou d'invasion

§. CCLXVI. Il paroît par les définitions-mêmes, qu'*un maître qui enleve sa propre chose à un autre, soit en cachette, soit par force, n'est pas un larron ni un ravisseur, ou*

différentes manieres dans les différents pays. Mr. de BRUEYS en a fait un petit exposé dans son *Specimen Juridicum exhibens rei vindicationem Juris Civilis & Belgici;* imprimé à *Leide* en 1765.

(*) On voit qu'il faut restreindre un peu ici la signification ordinaire des mots *larcin* & *larron*, qui se disent quelquefois aussi des vols, qui ne sont pas faits en cachette; les mots latins *furtum* & *fur* expriment plus précisement l'idée des définitions, mais on n'en a conservé en françois que les dérivés *furtif* & *furtivement;* le mot de *filou* a une signification un peu plus particuliere. R. d. T.

(†) Nous sommes obligés d'ajouter au texte ces deux définitions, renfermées entre des guillemets, parce que nous aurons besoin de ces mots dans le §. suiv., pour rendre ceux de *furtivus* & *raptus*, qui se trouvent dejà expliqués dans le latin. R. d. T.

(*) Nous aimons mieux nous servir du terme d'*invasion*, & forger celui d'*envahisseur*, qui lui est analogue, & que tout le monde peut entendre, que d'employer les mots d'*usurpation* & d'*usurpateur*, qui ne sont pas également restreints aux choses immeubles, & qui se disent aussi-bien de choses incorporelles, telles que des droits. R. d. T.

§. CCLXIII. (y) Notre Auteur n'ajoute pas dans la définition du vol, *lucri faciendi causa:* en effet l'action de s'approprier une chose qui ne nous appartient pas, quand ce seroit pour la jetter dans une riviere, est un vol. Cependant les Jurisconsultes Romains distinguoient tous les actes, par lesquels on s'approprioit le bien d'autrui, sans volonté d'en tirer profit, du vol proprement dit. Voyez *Instit. tit. de obl. quæ ex delicto nasc.* §. 3. *& seqq.*

§. CCLXIV.

ou qu'*en chassant un autre par la force de la possession de votre chose immeuble, vous n'êtes pas envahisseur* (§. CCLXIII.). Car on peut commettre un larcin ou une rapine, seulement à l'égard de la chose d'autrui, & non envers la sienne propre ; & ce n'est que celui qui n'est pas le maître qui peut envahir. Au reste *il faut prouver son domaine pour ne pas passer pour larron, ravisseur, ou envahisseur*, par la même raison qu'il faut le prouver dans la revendication de sa chose (§. CCLXII.).

§. CCLXVII. Le larron, le ravisseur & l'envahisseur violent le droit du maître (§. CXCV. CCLXIII.), donc ils lesent *le maître* (§ LXXXVIII.) : par conséquent ce lui-ci *a droit de punir le larron, le ravisseur, & l'envahisseur* (§. XCIII.). *Du droit de punir un larron, un ravisseur, un envahisseur.*

§. CCLXVIII. Puisque nous avons le droit de defense contre celui qui nous menace de lésion (§. XC.), *il est permis de défendre ses choses contre un larron manifeste, un ravisseur, & un envahisseur* (§. XLIX.), & *ce droit est infini* (§. XCIV.). Et entant qu'un larron, un ravisseur & un envahisseur résiste à la défense, & qu'il attaque notre corps, *il est aggresseur; & la défense de nos choses est jointe avec la défense de nous-mêmes ;* il paroît ainsi que *la defense des choses contre un larron manifeste, un ravisseur, ou un envahisseur, est une guerre* (§. XCVIII.). (*a*) *Du droit de défendre ses choses.*

§. CCLXIX. On dit que quelqu'un *fait une perte*, si quelqu'une de ses choses est soustraite, sans qu'il le veuille, hors de son pouvoir, de façon qu'il ne la puisse plus recouvrer (*). La perte qu'on fait de sa chose s'appelle *dommage ;* & l'agent, qui par son fait ou son non-fait, est cause que vous faites une perte, est dit vous *causer du dommage.* Le dommage peut être de trois sortes, 1. *volontaire* ou *causé par dol*, c'est-à-dire, avec une intention directe ou indirecte dans l'agent de nous le causer ; 2. *causé* par négligence ou *par faute*, dans le sens particulier du mot de faute (§. XVII.). 3. enfin *causé par cas fortuit*, c'est-à-dire, par un événement imprévu & inévitable. Puisque nous devons conserver notre patrimoine, & par conséquent nos biens, ou nos choses (§. CCVIII.); *chacun doit, autant qu'il le peut, écarter de soi tout dommage, comme aussi n'en causer aucun à personne, mais plutôt, autant qu'il est en lui, en garantir les autres* (§. CXXXIII.), par conséquent *personne ne doit enlever la chose de quelqu'un malgré lui, ou la lui faire perdre, dans quelque vue que cela se fasse.* Il paroît au reste de-là, que *si le maître d'une chose enlevée par un larron, ou par un ravisseur ne la recouvre pas, le larron ou le ravisseur lui cause un dommage.* (*b*) *Du dommage.*

§. CCLXX.

§. CCLXIV. (*z*) Je renvoie pour le contenu de ce paragraphe à ce que j'ai noté sur le paragraphe CCLXII.

§. CCLXVIII. (*a*) Il faut se rappeller ici la définition, que l'Auteur a donnée du *droit infini.* §. XC.

(*) On voit que le mot de *perte* ne se prend pas ici dans le même sens, que dans le §. CCXX., où il s'agit des choses perdues; les mots latins sont différents; là c'est *res amissa*, ici c'est *jactura.* R. d. T.

§. CCLXIX. (*b*) Toute simple, claire & nette, que puisse paroître l'idée que nous nous formons de ce que l'on appelle *dommage*, ni les Jurisconsultes Romains, ni GROTIUS, ni PUFENDORF n'ont su en donner une définition : preuve bien sensible du penchant que nous avons à nous contenter d'idées confuses & obscures, & du peu de soin que nous prenons, à les analyser & à les ramener à des notions distinctes. Le Jurisconsulte PAUL, par exemple, dit *l.* 3. *ff. de damn. inf. Damnum & damnatio ab ademptione & quasi diminutione patrimonii dicta sunt:* mais c'est-là parler en Grammairien, & non pas en Jurisconsulte. Dans le sens général que le Jurisconsulte PAUL attribue ici au mot *dommage*, ce mot désigneroit toutes sortes de diminutions, que l'on souffre dans ses biens, soit qu'on y donne lieu soi-même, soit qu'un autre nous les occasionne, ou que le hazard en fût la cause; & l'on sait, que les Jurisconsultes Romains ont été bien éloignés de compter pour dommage une perte, que l'on souffre par sa propre faute. GROTIUS, marchant sur les traces du Jurisconsulte PAUL, s'exprime ainsi dans son

 Droit

De la réparation du dommage.

§. CCLXX. Puisque personne ne doit causer du dommage à un autre (§. CCLXIX), que le dommage consiste dans la perte de sa chose (ibid.), & que par conséquent celui à qui on a causé du dommage se trouve avoir moins qu'il n'avoit auparavant, il s'ensuit que *personne ne doit faire en sorte, qu'un autre ait moins qu'il ne devoit avoir.* Puis donc qu'il ne cesse d'avoir moins qu'il ne devoit avoir, qu'autant qu'on lui rend la valeur de la chose qu'il a perdue, c'est-à-dire, qu'on *répare le dommage, on doit réparer tout dommage causé par dol ou par faute, & vous avez droit d'exiger qu'on le répare.* (c)

§. CCLXXI.

Droit de la Guerre & de la Paix, *L.* II. *Ch.* XVII. §. 2. *n.* I. „ Le dommage, comme semble l'insinuer l'étymologie du mot latin, consiste à ce „ qu'on ôte à quelqu'un quelque chose de ce qui „ est sien, soit qu'il le tienne de la Nature toute „ seule, soit que cela lui appartienne en conséquence de quelque acte humain, comme en „ vertu d'une convention, ou par une suite de „ l'établissement de la propriété des biens, soit „ enfin que quelque loi le lui donne." Ces paroles, comme l'on voit, indiquent plutôt les différents objets du dommage, que le dommage-même. Si GROTIUS se fût contenté de dire, que le dommage consiste *à ce qu'on ôte à quelqu'un quelque chose de ce qui est sien*, sans y avoir rien ajoûté de plus, il auroit plus approché de la véritable définition. PUFENDORF renchérit sur GROTIUS, & au lieu de nous instruire avec exactitude de ce qu'il faut entendre par *dommage*, en stile de droit, il en donne une longue description. Ce mot, suivant ce qu'il nous dit au §. 5. *L.* I. *Ch.* VI. *Des devoirs de l'Homme & du Citoyen*, „ ne se „ dit proprement que d'une lésion, qui regarde „ les biens ou les choses extérieures que l'on „ possede; mais, ajoute-t-il, nous prenons ici „ ce terme dans un sens plus étendu, qui comprend tout endommagement, dégât, altération, diminution, vol, ou soustraction de ce „ que l'on possede actuellement: toute usurpation „ de ce que l'on pouvoit prétendre, en vertu „ d'un droit parfait, soit qu'on tienne ce droit „ de la Nature, soit qu'on l'ait acquis par quelqu'acte humain, ou par quelque loi." (ici PUFENDORF a copié visiblement GROTIUS.) „ Toute „ omission enfin, ou tout refus de ce que quelqu'un devoit faire pour nous, en conséquence „ d'une obligation parfaite." Et voilà comme parlent les deux Auteurs les plus célebres sur le sens d'un mot, qui nous paroit si clair & si simple; & sur lequel nous entendons tous les jours des discussions dans les Tribunaux civils. Est-il étonnant de voir les opinions des Juges si souvent partagées, & que l'on sache si peu sur quoi faire fonds dans les causes civiles?

Suivant notre Auteur le dommage est la privation d'une chose qui nous appartient, causée sans notre volonté, & de façon, que nous ne puissions plus la recouvrer. Cette définition suppose donc 1. qu'on soit privé d'une chose qui nous appartient, & c'est-là le *diminutio patrimonii*, dont le Jurisconsulte PAUL parle. 2. Que cette privation ait été causée sans notre volonté. 3. Que nous ne puissions plus recouvrer la chose dont nous avons été privés. Ordinairement on ne fait attention, qu'au premier de ces trois caracteres; & c'est à cela qu'il faut attribuer le défaut de justesse, que nous trouvons dans les idées de ceux, qui ont voulu nous en donner une de ce qu'il faut entendre par *dommage.* Cependant la définition de notre Auteur demande une petite explication. Est-il de l'essence du dommage, que l'on ne puisse plus recouvrer la chose dont on a été privé, & ne pourra-t-on pas être dit avoir souffert ou souffrir du dommage, s'il est possible que l'on recouvre la chose dont on a été privé. C'est le sentiment de notre Auteur, qui dans son grand Ouvrage *P.* II. *Ch.* III. §. 487. ajoute, qu'on ne peut point dire que quelqu'un ait souffert du dommage, tant que la chose existe, & qu'on peut la recouvrer. Ce sentiment seroit vraiment absurde, si on le prenoit au pied de la lettre. Je me trouve à la poursuite d'un débiteur: si rien ne m'empêche dans cette poursuite, je serai sûrement payé. *Titius* vient à la traverse; donne lieu à mon débiteur de se soustraire à la poursuite. *Titius* m'a-t-il causé du dommage ou non? L'affirmative ou la négative sembleroit dépendre de la possibilité ou de l'impossibilité de recouvrer ce qui fait l'objet de ma prétension: tant qu'il n'est pas décidé, que je ne pourrai jamais obtenir le payement de ce qui m'est dû; *Titius* ne m'auroit point causé de dommage: si ce que je prétends est perdu sans ressource, *Titius* m'auroit causé du dommage. Voilà comme on pourroit expliquer le sentiment de l'Auteur, & je crois qu'on se tromperoit. *Titius* m'a privé de l'occasion de me faire payer dans le temps que je l'eusse été, s'il ne m'avoit point empêché dans la poursuite, que je faisois pour obtenir le payement de ma prétension. Cette occasion est perdue sans ressource. Cette perte est le dommage: & voilà comme il faut interprêter la définition de l'Auteur dans tous les cas, où il s'agit d'examiner s'il y a du dommage ou non. Tout ce qui manque à quelqu'un, pour se trouver dans l'état dans lequel il eût été, si tel ou tel événement ne fût pas arrivé, est la privation d'une chose, qu'il ne

peut

§. CCLXXI. On dit que quelqu'un est devenu plus riche, lorsqu'il a plus qu'il n'avoit auparavant. Ainsi on devient *plus riche de la chose d'autrui*, quand ce que l'on a de plus est la chose d'un autre ; & l'on devient *plus riche par le moyen de la chose d'autrui*, quand ce que l'on a de plus vient de la chose d'autrui, ou en a pris la place (*). Puis donc qu'il ne faut causer du dommage à personne, ni par dol ni par faute (§. CCLXIX.), & que ce dommage consiste dans la perte de sa chose (ibid.), *personne* aussi *ne doit, au dommage d'un autre, devenir plus riche, ni de la chose, ni par le moyen de la chose de cet autre;* par conséquent puisqu'on doit réparer le dommage qu'on a causé (§. CCLXX.), *si vous êtes devenu plus riche de ma chose, ou par le*

Qu'il ne faut pas s'enrichir de la chose, ni par le moyen de la chose d'autrui.

peut plus recouvrer. Tel m'enleve ma montre & la met entre les mains de quelqu'un, dont je ne puis la retirer, qu'en me servant de la voie de la justice. En m'imposant cette obligation, il me fait perdre une situation dans mon état, que je ne puis plus recouvrer, & c'est cette perte ou cette privation d'une partie de mon état, qui est un dommage. *Sempronius* me prête un instrument, dont je ne puis me passer pour achever un ouvrage, qui doit être fini dans un certain temps; & *Mevius* me l'enleve. Le dommage que *Mevius* me cause ne consiste point dans la perte de l'instrument, mais dans la privation de l'état dans lequel j'ai été, d'en faire usage pour achever mon ouvrage: c'est cet état que je ne puis recouvrer, & que l'Auteur désigne par chose qui est à nous: *res sui*. Les Jurisconsultes Romains l'ont bien envisagé ainsi, comme on peut le voir par une infinité de décisions que nous trouvons dans leur compilation: ils désignoient la situation, dans laquelle on avoit été & dont on avoit été privé, par l'expression d'*utilitas*, de *causa*, de *omnis causa*, ainsi qu'on le voit, là où ils parlent de réparer un dommage, ou de restituer un bien. *Proinde*, dit le Jurisconsulte PAUL, *si servum occidisti, quem sub pœna tradendum promisi, utilitas venit in hoc judicium: in leg.22. ff. ad leg. aq.* *Opus est*, dit GAJUS, *de rei vind. l. 20. ff. ut & causa rei restituatur: id est, ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo esset.* C'est dans le même sens qu'ULPIEN dit *proprie enim dicitur res non reddita, quæ deterior redditur. l. 3. ff. com. vel contr.* & *l. 5. §. 5. ff. si ususfr. petatur. Fructuario, qui vicit, omnis causa restituenda est*; & qu'on peut mettre au nombre de fruits perdus, toutes les commodités & les usages qui nous seroient revenus d'une chose, si nous l'avions possédée, ainsi que le Jurisconsulte GAJUS l'a noté *l. 19 ff. de usur. & fructib. Restituere autem* (dit le Jurisconsulte PAUL) *is intelligitur, qui simul & causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim judicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est, & usucapionis causam & fructuum. l 35. ff. de verb. signif.* La *l. 75. de verb. signif.* revient au même sens, ainsi que ce passage de la *l. 246. eod.*, où POMPONIUS dit, *Restituit non tantum, qui solum corpus, sed etiam, qui omnem rem conditionemque reddita causa præstet, & tota restitutio juris est interpretatio.* Tout l'Edit du Préteur *de vi & vi armata* est encore fondé sur les mêmes idées. Il s'agit de réparer le tort qu'on vous a fait par un acte de violence; cette réparation consiste à vous remettre dans la situation dans laquelle vous auriez été, si on ne vous eût pas fait violence, c'est-à-dire, l'altération, faite à votre état, est prise pour le dommage, dont on vous adjuge la réparation. *Non solum autem fructuum ratio in hoc interdicto habetur, verum cæterarum etiam utilitatum habenda est: nam & Vivianus refert, in hoc Interdicto omnia, quæcunque habiturus vel adsecuturus erat is, qui dejectus est, si vi dejectus non esset, restitui, aut eorum litem a judice æstimari debere: eumque tantum consecuturum, quanti sua interesset, se vi dejectum non esse. l. 1. §. non solum.* C'est encore sur les mêmes principes qu'est fondée la décision de JAVOLENUS *l. 15. ff. de compens. Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum: is petit a me, quam ei debeo pecuniam: Quæro, an hoc quoque pensandum sit, quanti mea interfuit, certo loco dari? Respondi: Si Titius petit, eam quoque pecuniam, quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet: sed cum sua causa, id est, ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit eo loco, quo convenerit, pecuniam dari.* Ainsi par le mot de chose, dont l'Auteur se sert dans ce paragraphe, il faut entendre, non-seulement une chose dont on auroit été destitué, mais toute situation dans laquelle on a été, & dont on a été privé de façon à ne pouvoir s'y retrouver: car on ne s'y retrouve pas entierement lorsqu'on y est rétabli ensuite, si l'on ne bonifie en même temps l'altération que notre état à soufferte: ainsi que nous le trouvons exprimé *l. 35. l. 75. & l. 246. ff. de Verb. sign.*

§. CCLXX. (*c*) Ce paragraphe nous démontre que, par rapport à la réparation, il est égal qu'un dommage soit occasionné par dol, ou par faute: vérité à laquelle on ne paroît pas faire assez d'attention dans les tribunaux civils.

(*) Ainsi je deviens plus riche de la chose d'autrui, si je ne lui rends pas une chose qu'il a perdue, & je deviens plus riche par le moyen de la chose d'autrui, si j'ai l'argent provenu de la perte ou du prêt que j'en ai fait. R. d. T.

§. CCLXXI.

le moyen de ma chose qui n'existe plus, vous devez me restituer la valeur de ce dont vous êtes devenu plus riche; ce principe est d'un usage très-etendu dans le droit. (*d*)

A quoi est tenu envers le maître le possesseur de bonne foi ou de mauvaise foi.

§. CCLXXII. On ne peut imputer au possesseur de bonne foi, aucun acte appartenant à l'exercice du domaine (§. CCI.), ni par conséquent non plus aucun acte privatif ou négatif (§. II.). Donc *le possesseur de bonne foi n'est tenu à rien envers le maître, pour ce qu'il fait ou ce qu'il ne fait pas,* mais seulement *pour la chose-même,* entant qu'il la possede sans aucun droit (§. CCI.). Mais puisqu'on peut imputer au possesseur de mauvaise foi, tous les actes qui appartiennent à l'exercice du domaine (§ CCI. III.); *le possesseur de mauvaise foi est tenu envers le maître, & pour la chose, & pour quelque fait & non-fait que ce soit.* (*e*)

A quoi n'est pas tenu, envers le maître, le possesseur de bonne foi.

§. CCLXXIII. Puisque le possesseur de bonne foi n'est tenu envers le maître pour aucun fait, ou non-fait (§. CCLXXII.), *si la chose périt par hazard, fût-ce même par un accident, par lequel elle ne seroit sûrement pas périe chez le maître, le possesseur de bonne foi n'est tenu à aucune restitution envers le maître; ni même à réparer le dommage, si la chose est périe par sa faute; ni à restituer les fruits, que le maître en auroit pu recueillir* (§. CCXXIV.). (*f*)

A quoi est tenu le possesseur de mauvaise foi entant que tel.

§. CCLXXIV. Mais *le possesseur de mauvaise foi*, étant tenu envers le maître pour son fait & pour son non-fait (§. CCLXXII.); il *est tenu envers le maître à la réparation du dommage, si la chose est périe par sa faute, ou même par accident, c'est-à-dire, cependant par un accident, par lequel elle ne seroit pas périe chez le maître, mais non si elle eût dû y périr par le même accident;* parce qu'alors sa perte ne dépend pas du non-fait du possesseur, ou de ce qu'il a négligé la restitution (§. CCLXI.). De plus, puisque les fruits à recueillir sont des fruits d'industrie

§. CCLXXI. (*d*) Le principe, que l'Auteur établit dans ce paragraphe, répond à l'axiome du Droit Romain : *Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento & injuria fieri locupletiorem. l.* 206. *ff. de reg. jur.* On le trouve dans plusieurs autres endroits des Pandectes; & notre Auteur nous avertit, que ce principe est d'un usage très-étendu dans le droit. Pour s'en convaincre on n'a qu'à lire GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* X. §. 2. & BARBEYRAC dans les notes. Voici quelques décisions du Droit Romain, qui en font foi. *In bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debentur*, dit le Jurisconsulte MARCIANUS *in l.* 32. *ff. de usur.* la raison en est qu'il n'est pas juste, qu'un débiteur profite de l'usage de ce qu'il vous doit. *Ante matrimonium quoque fructus percepti, dotis fiunt, & cum ea restituuntur*, dit le Jurisconsulte PAUL *in l.* 38. §. 12 *eod.* en y ajoutant §. 13. *Eadem ratio est in fructibus prædiorum urbanorum.* §. 14. *Item si dividere fundum tecum velim, tu nolis, & colam, an fructus dividi debeant post deductionem impensarum, & puto dividendos.* § 15. *In cæteris quoque bonæ fidei judiciis, fructus omnimodo præstantur.* §. 16. *Si dos prælegata fuerit, ante nuptias percepti fructus in causa legati veniunt.* Le même Jurisconsulte expose dans la même *l.* 38. plusieurs autres décisions, toutes fondées sur la raison, qu'il est contraire à l'équité naturelle, qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui. Le titre des Digestes de *usuris & fructibus* est généralement fondé sur ce même principe. On en voit encore d'autres exemples dans la *l.* 51. *ff. famil. ercisc.* ainsi que dans la *l.* 17. *ff. de rei vind.* où nous lisons : *Idem Julianus ait non solum fructus, sed etiam omnem causam præstandam: & ideo & partum venire in restitutionem & partuum fructus.* Nous aurons cependant occasion de faire voir, que les idées des Jurisconsultes Romains n'ont point été stables; & qu'ils ont souvent flotté dans l'incertitude, ne pouvant pas déterminer exactement la restitution à faire ou à ne point faire, dans les différents cas qui pouvoient se présenter. „ On a moins qu'on ne devoit „ avoir, & par conséquent on est censé avoir reçu du dommage, non-seulement à l'égard de la „ chose-même qui nous appartenoit, mais encore à l'égard des *fruits*, ou des *revenus*, qui „ proviennent proprement de la chose, soit qu'on „ les eût déjà recueillis ou non, pourvû qu'on „ eût lieu de s'attendre à les percevoir, bien entendu (dit GROTIUS, du *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* XVII. §. 4. d'où nous transcrivons ce passage) „ que *selon la regle, qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui, on déduise préalablement les dépenses, faites pour l'amélioration de la chose, ou pour recueillir les fruits.*"

§. CCLXXII. (*e*) Ce paragraphe contient le principe de *décision* pour tous les cas, rélatifs aux de-

ſtrie (§. CCXXIV.), *le poſſeſſeur de mauvaiſe foi eſt encore tenu à reſtituer en partie les fruits à recueillir, c'eſt-à-dire, à reſtituer la valeur de ce qu'ils tenoient de la nature* (§. CCXXIX. CCLXX.).

§. CCLXXV. Les fruits étant au maître de la choſe (§. CCXXVIII.), les fruits d'induſtrie étant communs, ſelon une certaine proportion, au maître & au poſſeſſeur (§. CCXXIX.), & perſonne ne devant devenir plus riche de la choſe d'autrui (§. CCLXXI.); *le poſſeſſeur tant de bonne, que de mauvaiſe foi, eſt tenu de reſtituer les fruits naturels exiſtants, & une partie proportionnée des fruits d'induſtrie auſſi exiſtants.* *Des fruits existants.*

§. CCLXXVI. Puiſque *le poſſeſſeur de bonne foi* n'eſt tenu pour aucun fait, ni par conſéquent pour la conſomption des fruits (§. CCLXXII.), mais que cependant il ne doit pas devenir plus riche par le moyen de la choſe d'autrui (§. CCLXXI.); il *eſt tenu pour tout ce dont il eſt devenu plus riche par le moyen des fruits naturels conſumés, & de la quantité proportionnelle des fruits d'induſtrie auſſi conſumés;* par conſéquent, puiſqu'il ne faut pas qu'on puiſſe dire, que celui qui a pu vivre de ſon propre bien, a vêcu de celui d'autrui, *s'il y a autant de plus dans ſes biens que ce qu'il a conſumé, il doit reſtituer autant; s'il y a moins, il doit reſtituer moins; mais s'il n'y a rien, il ne doit rien reſtituer.* Au contraire, *le poſſeſſeur de mauvaiſe foi,* étant tenu, & pour la choſe & pour quelque fait que ce ſoit (§. CCLXXII.), par conſéquent auſſi pour avoir conſumé la choſe d'autrui (§. CCXXX.), il *eſt tenu à reſtituer la valeur des fruits naturels conſumés, & de la portion due au maître des fruits d'induſtrie auſſi conſumés.* Au reſte il eſt queſtion ici de ce qui doit, & non de ce qui peut être reſtitué. (g) *Des fruits consumés.*

§. CCLXXVII.

devoirs, tant d'un poſſeſſeur de bonne foi, que d'un poſſeſſeur de mauvaiſe foi, envers celui à qui appartient la choſe.

§. CCLXXIII. (f) Il eſt clair, dit GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix, L.* II. *Ch.* X. §. 3. *n.* 2. qu'un poſſeſſeur de bonne foi n'eſt obligé à aucune reſtitution, ſi la choſe eſt venue à périr; puiſqu'en ce cas-là, il n'a ni la choſe ni le profit. PUFENDORF en donne la même raiſon, dans ſon *Abrégé des devoirs de l'homme L.* I. *Ch.* XIII. §. 14. & dans ſon grand Ouvrage *L.* IV. *Ch.* XIII. §. 6. Mais ce n'eſt pas là la véritable raiſon de la déciſion: la véritable raiſon c'eſt, que la perte ne peut lui être imputée, comme l'enſeigne notre Auteur: car ſi elle pouvoit lui être imputée, il ne ſerviroit de rien qu'il n'eût ni la choſe ni le profit. Ce n'eſt pas auſſi parce qu'un poſſeſſeur de mauvaiſe foi a joui d'un profit, qu'il eſt tenu de réparer le dommage, ſouffert par la perte du bien qu'il poſſédoit: mais parce qu'il n'a pas fait ce qu'il auroit dû faire: parce qu'il eſt comptable au maître de ce bien, de ce qu'il a fait & omis; ainſi que notre Auteur l'enſeigne dans le §. ſuivant. C'eſt auſſi la raiſon qu'en donnent les Juriſconſultes Romains. *l.* 23. & *l.* 82. *ff. de Verb. Ob. l.* 5. *ff. de reb. cred. l.* 108. §. 11. *ff. de leg. & fid.* 1. *l.* 3. *C. de uſ. & fruct.* Notre Auteur eſt même d'accord avec les Juriſconſultes Romains, pour ce qui concerne la derniere période de ce paragraphe. *Quemcunque igitur ſumtum fecerint ex hereditate, ſi quid dilapidaverunt, perdiderunt, dum re ſua abuti putant, non præſtabunt. l.* 25. §. 11. *ff. de hered. pet. Sicut autem ſumtum, quem fecit, deducit, ita ſi facere debuit, nec fecit, culpæ hujus reddat rationem, niſi bonæ fidei poſſeſſor eſt: tunc enim, quia quaſi ſuam rem neglexit, nulli querelæ ſubjectus eſt ante petitam hereditat. l.* 23. §. *eod.* Et il n'importe pas, que la choſe ſoit perdue par cas fortuit ou par le fait du poſſeſſeur de bonne foi, qui, à ce que le remarque Mr. OTTO, a cru de bonne foi, qu'il en pouvoit uſer à ſon gré & à ſa fantaiſie, & qu'en la perdant, il n'a eu aucune intention de faire du tort à qui que ce ſoit, ſuivant la *l.* 25. §. 11. & *ſeq. ff. de pet. hered. l.* 25. §. 12. *l.* 69. §. 8. *ff. de cond. indeb.*

§. CCLXXVI. (g) La doctrine de l'Auteur eſt ici peu conforme à celle du Droit Romain, & nous allons voir, qu'elle n'eſt pas non plus conforme aux principes du Droit naturel. Notre Auteur veut qu'un poſſeſſeur de bonne foi reſtitue les fruits conſumés, s'il eſt en état de les rendre: la raiſon, qu'il en donne, eſt, que celui qui a de quoi vivre par lui-même, n'eſt pas cenſé avoir vêcu aux dépends d'autrui. GROTIUS & PUFENDORF penſent, qu'un poſſeſſeur de bonne foi n'eſt tenu à reſtituer les fruits, que lorsqu'ils lui ont ſervi à ménager ſon propre bien, & qu'il peut

peut recouvrer ce qu'il lui en a couté, pour les percevoir:. il y a du pour & du contre sur ce point, & dans ces cas-là il faut bien faire attention aux principes, sur lesquels on fonde de part & d'autre ses opinions. On allegue en faveur de la restitution des fruits sans aucune restriction: 1. que la non-existence d'une chose n'a pas pu en faire passer le domaine à un autre. 2. Que le maître d'un fonds conserve le même droit sur le fonds aussi-bien après, qu'avant que les fruits en fussent consumés. 3. Que si un possesseur de bonne foi a acquis la chose à titre lucratif, il ne souffre aucun dommage, en restituant le prix des fruits consumés: s'il l'a acquis à titre onéreux, il peut en redemander la restitution avec les intérêts; & si celui, de qui il le tient, ne se trouve pas, c'est un dommage qu'il doit attribuer à son imprudence, le prix de l'achat ne pouvant être compensé par la jouïssance des fruits. C'est du moins de cette façon que raisonne Mr. OTTO dans ses remarques sur PUFENDORF *de off. hom. & civ. L.* 1 *C.* XIII. §. 6. & il ajoute, que les Jurisconsultes Romains l'ont entendu ainsi, lorsqu'on réclamoit une hérédité, suivant la *l.* 20. §. 3. *l.* 25. §. 11. *l.* 40. §. 1. *ff. l.* 1. *C. de hered. pet.* En conséquence de ces idées, Mr. OTTO pense, que dans les cas, où l'on réclame son bien, le Droit Romain adjuge les fruits consumés aux possesseurs de bonne foi, pour trois raisons, *l.* 4. §. 2. *ff. fin. reg. l.* 4. §. 19. *ff. de usurp.*, 1. à cause de la difficulté qu'il y auroit à faire le calcul des fruits consumés; 2. à cause que le maître du bien doit se l'imputer, s'il n'a pas été plus vigilant & plus actif pour le recouvrer; 3. à cause qu'il peut avoir son recours & s'en prendre à celui, de qui le possesseur de bonne foi le tient; & qu'il faut compter pour un malheur, pour un cas fortuit, si celui-ci n'est pas à trouver. Mr. OTTO cite pour preuve de ce qu'il avance le §. 35. *Inst. de rer. div. l.* 40. *ff. de adq. rer. dom. l.* 22. *C. de rei vind. Vin.* 1. *Quæst.* Discutons un peu cette matiere: elle en vaut bien la peine.

Le principe d'où notre Auteur tire sa conséquence, c'est que personne ne peut s'enrichir au détriment d'un autre, d'où il conclut, que celui qui a vécu de façon à pouvoir restituer le bien avec les fruits, doit être censé avoir vécu de son propre bien. Mais je nie 1. que la conséquence résulte du principe; 2. que celui qui se trouve en état de pouvoir rendre le bien avec les fruits, doive être considéré, comme ayant vécu de son propre bien uniquement. Le possesseur de bonne foi a acquis le bien à titre lucratif ou à titre onéreux. C'est une distinction que les Jurisconsultes Romains non pas faite sur ce point, parce qu'ils donnoient le droit de réclame contre quelque possesseur que ce soit: mais il importe de la faire, dès qu'on limite ce droit, comme je l'ai fait dans la note au §. CCLXII. Si le possesseur de bonne foi a acquis le bien à titre onéreux, il n'est tenu à la restitution qu'aux conditions, dont j'ai parlé au §. CCLXII. & il n'y a pas plus de raison pourquoi le possesseur de bonne foi restitueroit plutôt les fruits sans en être indemnisé, que le bien-même. La réparation du dommage doit venir de celui qui l'a causé, & c'est à celui-ci que le maître de la chose doit s'en prendre. Mais si le possesseur de bonne foi a acquis le bien à titre lucratif, nous n'avons plus la même raison; c'est alors que le principe, qu'il ne faut pas augmenter son bien aux dépens d'autrui, parle & doit nous guider. Il y a ici bien des considérations à faire, qui rendent la décision assez difficile. Nous admettons avec notre Auteur le principe, que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'un autre: mais quel est proprement le sens de cette maxime, & que doit-on entendre par *s'enrichir aux dépens d'un autre*? Elle revient manifestement à ceci: savoir, que personne ne peut acquérir, ou conserver une acquisition faite gratuitement, & qui blesse les droits d'un tiers, qui est connu. Pourquoi? parce que dans ce cas l'acquéreur auroit augmenté son patrimoine aux dépens de ce tiers. Ce tiers l'auroit perdu sans aucune obligation de le perdre: l'acquéreur l'auroit gagné sans aucun droit à cette acquisition.

Supposons maintenant que quelqu'un ait acquis par don, ou par quelque fait non onéreux, un bien qui n'appartenoit point à celui dont il l'a reçu: l'acquisition qu'il fait de ce bien, se fait de sa part sans cause, c'est-à-dire, sans droit de sa part: il le reçoit, parce qu'il est dans l'erreur sur le fait de celui qui le lui donne: il ne pourroit pas l'accepter, & il ne pourroit pas non plus le garder, s'il savoit que les droits d'un tiers souffrissent par cette donation; & ce n'est que par la simple permission de pouvoir accepter de celui qui peut donner qu'il pourroit acquérir ce bien. Mais, possesseur de ce bien, étant dans la bonne foi, sur le droit de celui que le lui a donné, & sur lequel personne ne forme de prétension, sa situation par rapport à ce bien change, il ne peut absolument le regarder, que comme un bien qui est à lui. Sa situation, relativement à ce bien, lui donne donc le droit d'en disposer comme de tout autre; par conséquent il a une juste cause, un droit d'en disposer, & d'en acquérir les fruits. Conséquemment aussi, soit qu'il dépense ces fruits, soit qu'il les consume, les ayant acquis par une juste cause, par un droit de sa part, il ne peut être tenu à les restituer, attendu que personne n'est tenu à la restitution, que lorsqu'il y a *de sa part* un défaut dans la cause de l'acquisition, ou de la conservation; or, comme les fruits, qu'on retire d'une chose, sont dûs aux soins que nous nous donnons pour les en retirer, ces fruits forment l'équivalent de ces soins, de sorte que ce n'est pas proprement adjuger les fruits, si je les adjuge déduction faite de ces soins: & pour la même raison, l'on ne peut pas dire non plus que celui, qui a augmenté sa fortune par les soins, qu'il a pris au sujet d'un bien qu'il possédoit de bonne foi, se

soit

soit enrichi aux dépens d'autrui. Le maître de ce bien a été privé de l'occasion d'employer ses soins à son égard: c'est-là proprement le dommage qu'il souffre par le fait de celui, qui lui a enlevé ce bien, & dont le possesseur de bonne foi n'est pas comptable. D'où je conclus 1. qu'à la rigueur l'on ne peut pas dire que celui, qui a acquis des fruits d'une chose, qu'il possédoit de bonne foi, se soit enrichi aux dépens d'autrui. 2. Que, quand cela seroit, il n'en résulteroit point, qu'il devroit les restituer, attendu qu'il auroit acquis ces biens par une juste cause de sa part. 3. Qu'il est de la nature de la vie qu'on regle sa dépense sur les biens qu'on possede: qu'ainsi tout possesseur de bonne foi doit être censé avoir dépensé, aussi-bien partie des fruits du bien, dont il n'étoit que possesseur de bonne foi, que partie de ceux qui lui appartiennent parfaitement. Il n'y a eu à cet égard aucune raison de différence dans son économie; & par cela-même je ne fais aucune difficulté, de rejetter la maxime de notre Auteur; *qu'on ne peut pas dire que celui, qui a pu vivre de son propre bien, ait vécu du bien d'autrui.* La maxime est équivoque. Notre Auteur lui donne ici un sens qui ne lui convient pas, comme je viens de le démontrer; & par conséquent il n'est pas authorisé à fonder là-dessus la conclusion qu'il en tire; savoir, qu'un possesseur de bonne foi doit restituer les fruits consumés, s'il a de quoi faire cette restitution.

Voyons les raisons, que Mr. OTTO nous donne de l'obligation, dans laquelle on prétend qu'un possesseur de bonne foi se trouve, soit par rapport au bien-même, soit par rapport aux fruits. La premiere de ces raisons n'auroit lieu, que relativement à un possesseur de bonne foi, qui auroit acquis un bien à titre lucratif: & avant de pouvoir conclure à la restitution des fruits, il faudroit prouver que celui, qui est dans l'obligation de restituer un bien, doit par cela-même restituer les fruits provenus de ce bien. Nous avons examiné le principe, dont Mr. OTTO se sert, ainsi que celui dont il fait une seconde raison, dans la note au §. CCLXII. Quant à sa troisieme raison, c'est gratuitement qu'on avance qu'on ne souffre aucun dommage, en restituant le prix des fruits consumés, à moins qu'on ne veuille regarder les opérations de l'industrie humaine, comme choses nulles, inutiles, ou indifférentes; & qu'on veuille que les hommes agissent toujours de la même maniere, par rapport à leur économie, soit qu'ils aient mille florins de revenu, ou qu'ils en aient dix-mille. Prétendre qu'un homme, qui de bonne foi posséderoit une terre, d'un revenu annuel de vingt-mille livres, & qui auroit vécu en conséquence, ne souffriroit aucun dommage, si après dix ans il devoit restituer ce revenu, c'est, ce me semble, avoir une idée singuliere de la nature du dommage. Les Jurisconsultes Romains avoient, à cet égard, un principe bien plus naturel & bien plus juste. *Bona fides tantumdem possidenti præstat, quantum veritas, quoties lex impedimento non est. l. 136. ff. de reg. jur.* Et en effet: on regle naturellement sa dépense sur les biens qu'on a; & la possession d'un bien qu'on croit être sien, quoiqu'il ne le soit pas, engage également à une économie, différente de celle qu'on observeroit sans cela. Nous avons répondu dans le §. CCLXII. à ce que Mr. OTTO ajoute ensuite. Examinons maintenant s'il est vrai, que les Jurisconsultes Romains aient adjugé les fruits consumés d'une hérédité, à celui qui la réclame de droit, sur les principes que Mr. OTTO leur attribue; & si ce célebre Jurisconsulte a raison de dire, que les Jurisconsultes Romains ont attribué les fruits consumés aux possesseurs de bonne foi, pour les motifs qu'il en allegue.

Dans la *l.* 20. §. 3. qu'il cite en premier lieu, c'est ULPIEN qui parle, & qui, en indiquant ce qu'il faut restituer, lorsqu'il s'agit de la restitution d'une hérédité, dit qu'il ne faut pas uniquement restituer ce qui existoit du temps de la mort du defunt, mais ce qui pourroit être survenu à l'héritage après le décès, donnant pour raison, qu'un héritage est sujet à augmentation & à diminution. Dans le §. 11. de la *l.* 25. ULPIEN nous apprend, que le Sénat est venu au secours du possesseur de bonne foi, & qu'il limite la restitution aux cas, dans lesquels les biens de l'héritier se trouveroient augmentés par l'héritage. *Consuluit Senatus bonæ fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt:* il ne veut pas que le possesseur restitue la valeur des biens qu'il pourroit avoir mangés, les dons qu'il pourroit avoir faits, enfin rien de ce qui n'existe plus, à moins qu'il n'ait reçu quelque chose, qui en puisse être considéré comme l'équivalent. *Plane si ἀντίδωρα, id est, remunerationes, acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt, velut genus quoddam hoc esset permutationis.* Le Jurisconsulte PAUL ne s'éloigne point de cette opinion dans la *l.* 40. §. 1. que Mr. OTTO cite en troisieme lieu: ce Jurisconsulte y oppose le possesseur de bonne foi à celui qui ne l'est point. *Prædo fructus suos non facit, sed augent hereditatem: ideoque eorum quoque fructus præstabit. In bonæ fidei autem possessore hi tantum veniunt, in restitutione, quasi augmenta hereditatis, per quos locupletior factus est.* Dans tous ces passages on ne voit rien qui approche des raisons, que Mr. OTTO attribue aux Jurisconsultes Romains, comme motifs de leurs décisions. La Loi du Code, qu'il cite en dernier lieu, n'en contient non plus aucune trace. Et ces loix, bien loin d'établir l'obligation d'une entiere restitution tant de la chose que des fruits, établissent plutôt le contraire dans un possesseur de bonne foi.

Les Loix, que Mr. OTTO cite après cela, pour preuve, que les Jurisconsultes Romains ont adjugé les fruits aux possesseurs de bonne foi, sur les motifs qu'il leur attribue, ne paroissent gueres mieux

mieux choifies: comme on pourra s'en convaincre, fi l'on veut prendre la peine d'y jetter les yeux.

Il y a plus, les motifs de décifion, que Mr. OTTO fuppofe aux Jurifconfultes Romains, ne fe concilient pas trop avec leur façon de penfer. Lorsqu'il s'agit de reftituer les fruits, ils ne réfléchiffent point à la difficulté des calculs qu'il y auroit à faire: ils examinent feulement le droit du demandeur vis-à-vis du poffeffeur; & ils compenfent, dans le poffeffeur de bonne foi, les foins & les peines qu'il a pris, avec les fruits, qu'il en a retirés; comme il eft dit expreffément au §. 35. *Inft. de rer. div.* D'ailleurs le droit inhérent à la chofe, le *jus in re* devoit naturellement les porter à adjuger les fruits confumés au poffeffeur de bonne foi: parce que ce droit venant à ceffer dès que la chofe ceffoit d'être, ils ne pouvoient pas en conféquence de ce principe adjuger à un maître ce qui n'exiftoit pas, attendu que le droit inhérent à l'exiftence de la chofe, faifoit le feul fondement de réclame contre le poffeffeur de bonne foi. Le fecond motif que Mr. OTTO attribue aux Jurifconfultes Romains, me paroît encore fort éloigné de leurs principes. Dans la reftitution, ils confidéroient, non pas ce que le maître auroit pu faire, pour conferver ou recouvrer un bien perdu: mais s'il y avoit un titre fuffifant, qui avoit pu lui faire perdre le droit à la chofe, le *jus in re:* & en conféquence, ils rejettoient fur l'acquéreur le défaut, qui pouvoit fe trouver dans l'aliénation, ne voulant point qu'une aliénation défectueufe pût faire perdre ce droit au maître. La derniere raifon eft encore plus contraire à l'efprit du Droit Romain: car l'on fait que les principes de ce droit impofoient à l'acquéreur & non pas au maître, le foin de fe faire indemnifer de celui, qui avoit aliéné le bien d'autrui fans y avoir droit. Il eft étonnant que Mr. OTTO, qui raifonne peu auparavant fur ces principes, en les attribuant aux Jurifconfultes Romains, leur en prête enfuite d'autres, qui y font tout-à-fait oppofés.

Si l'on s'en tient à celui-ci, favoir qu'on n'eft pas moins obligé de rendre à un autre ce qui lui appartient, que de ne le lui pas prendre, la queftion deviendra affez facile à réfoudre. Il en réfultera 1. *qu'un poffeffeur de mauvaife foi, s'étant approprié le bien d'autrui, doit le rendre avec tous les fruits, tant exiftants que perçus & confumés, & même ceux que par fa faute il n'a pas perçus; fauf encore dans l'état de nature le droit du maître, de ne pas payer au poffeffeur de mauvaife foi, foit en tout foit en partie, les fraix de fes foins & de fes peines, comme une punition de l'avantage, qu'il a cherché par une mauvaife action; & dans l'état civil, les droits, que les Loix pourroient accorder au maître contre le poffeffeur de mauvaife foi.* Il en réfulte 2. *qu'un poffeffeur de bonne foi devra reftituer le bien avec les fruits exiftants, deduction faite des fraix & des peines, employés foit à l'acquifition & à la confervation de ces biens, foit pour en retirer les fruits; fans reftitution de la valeur des fruits confumés.* Cette différence entre l'obligation du poffeffeur de bonne foi, & celle du poffeffeur de mauvaife foi, eft fondée fur la différente perfuafion, dans laquelle ils font relativement au bien: & fur ces deux principes; favoir, que perfonne ne doit faire fon profit aux dépens d'autrui; & que perfonne ne doit fouffrir du dommage au profit d'autrui. Le poffeffeur de mauvaife foi eft perfuadé qu'il n'a pas le droit de difpofer du bien. Le poffeffeur de bonne foi eft dans une perfuafion légitime qu'il peut en difpofer. Celui-ci ne peut s'empêcher de faire entrer dans le calcul de fes difpofitions, fur les différents biens qu'il poffede, celui ou ceux qu'il poffede de bonne foi, quoiqu'appartenant à un autre. Le poffeffeur de mauvaife foi ne doit & ne peut le faire. S'il le fait, il s'expofe de gaieté de cœur à toutes les fuites de fa mauvaife foi, quelque onéreufes qu'elles puiffent être. Jettons un coup d'œil fur le Droit Romain: on le trouvera peut-être plus conforme qu'on ne fe l'imagine, aux principes naturels & fimples fur lesquels je viens de raifonner. Dans la *l.* 48. *ff. de adq. rer. dom.* le Jurifconfulte PAUL dit, *Bonæ fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re, fuos interim facit, non tantum eos, qui diligentia & opera ejus pervenerunt, fed omnes: quia, quod ad fructus attinet, loco domini pene eft.* Le même Jurifconfulte, en parlant des fruits à reftituer dans la *l.* 4. §. 2. *ff. fin. regund.* s'exprime ainfi, *aut enim bona fide percepit, & lucrari eum oportet, fi eos confumpfit; aut mala fide, & condici oportet.* JULIEN parle fur le même ton dans la *l.* 25. *de ufur & fruct.* ULPIEN nous donne la décifion fuivante dans la *l.* 31. *ff. de hered. pet. Sicut autem fumptum, quem fecit, deducit: ita fi facere debuit, nec fecit, culpæ hujus reddat rationem, nifi bonæ fidei poffeffor eft: tunc enim, quia quafi fuam rem neglexit, nulli querelæ fubjectus eft ante petitam hereditatem; poftea vero, & ipfe prædo eft;* & nous avons déja cité la difpofition du Sénat, dont le même Jurifconfulte parle au §. 11. de la *l.* 25. *eod. Certum eft*, difent les Empereurs DIOCLETIEN & MAXIMIEN, *l.* 22. *C. de rei vind. malæ fidei poffeffores omnes fructus folere cum ipfa re præftare: bonæ fidei vero, extantes: poft autem litis conteftationem, univerfos.* & dans la *l.* 3. *C. de condict. ex lege, Mala fide poffidens de proprietate victus, de extantibus fructibus* [*rei*] *vindicatione,* [*de*] *confumptis vero condictione conventus, eorum reftitutioni parere compellitur.* JUSTINIEN s'exprime avec précifion dans le §. 35. *Inft. de rer. div.* „ Celui (dit-il) qui achete de bonne „ foi un fonds d'un particulier, qu'il croyoit en „ être le propriétaire, ou qui l'a acquis de bonne foi par donation, ou par toute autre caufe, la „ raifon naturelle a fait décider, que les fruits „ qu'il en a perçus, lui appartiennent, comme „ pour le récompenfer de fes foins. C'eft pourquoi fi le propriétaire de ce fonds vient à le „ revendiquer, il ne pourra pas lui redemander „ les fruits, qu'il aura confumés. Mais on n'ac-

„ cor-

„ corde pas la même faveur à celui, qui auroit „ possédé le fonds d'autrui de mauvaise foi : car „ il doit être condamné à la restitution de tous „ les fruits, quand même il les auroit consumés:" & même à bonifier tous ceux qu'il auroit pu retirer & qu'il a négligé de percevoir; suivant le texte de différentes décisions indiquées par VINNIUS, dans son Commentaire sur le §. 35. des *Inst.* cité ci-dessus.

Nous sommes donc parfaitement d'accord avec les Jurisconsultes Romains, sur les conséquences, qui résultent de la différence à faire, entre les obligations d'un possesseur de bonne foi & d'un possesseur de mauvaise foi, quant à ce qui concerne la restitution des fruits: mais comme les Jurisconsultes Romains ne faisoient pas, sur ce sujet, la distinction que j'ai proposée ci-dessus, entre un possesseur de bonne foi, qui a acquis un bien à titre onéreux, & un possesseur de bonne foi, qui l'a acquis à titre lucratif, leurs décisions portent également sur l'un & sur l'autre. La raison en est simple. Le principe, qu'ils avoient adopté sur le droit de réclame, ne leur permettoit pas cette distinction: parce que, par ce principe, il étoit indifférent, que le bien, pour le revendiquer, eût été acquis par celui qui le possédoit à titre onéreux ou à titre lucratif. Le droit qu'ils supposoient inhérent à la chose, & sur lequel ils fondoient celui de réclame, devoit naturellement les porter à regarder des fruits non-consumés, comme faisant partie de la chose-même; & par la même raison ils devoient considérer comme nul le droit inhérent à une chose qui n'existoit plus. Ils ne pouvoient donc point donner le droit de revendiquer les fruits consumés: & cependant l'équité ne leur permettant pas d'adjuger les fruits consumés dans tous les cas, où un possesseur, soit de bonne foi, soit de mauvaise foi, les auroit consumés, ils ont dû admettre un autre principe, soit pour adjuger au maître, non pas des fruits qui n'existoient plus, & qu'on ne pouvoit plus revendiquer, mais la valeur des fruits consumés; soit pour la lui refuser; & cela les a en quelque façon obligés d'abandonner leur principe fondamental, & de se replier sur celui, qui nous défend d'augmenter nos biens aux dépens d'autrui. En conséquence de ce principe, le Droit Romain décide, que celui qui de bonne foi possede un héritage, & qui se trouve obligé de le restituer, doit restituer jusqu'à la valeur des fruits consumés, s'ils ont servi à le rendre plus riche. *Si locupletior factus fuerit*; comme on peut le voir au titre des Pandectes *de hereditatis petitione*: & ce même principe leur a fait trouver dans la raison naturelle un motif, pour adjuger, dans d'autres cas, la valeur des fruits consumés aux possesseurs de bonne foi, comme une compensation de leurs soins & de leurs peines. Ils ont même voulu, que les fraix faits, soit pour le recouvrement d'un bien, soit pour la perception des fruits, soit pour leur conservation, fussent restitués aux possesseurs de bonne foi: conséquences diamétralement opposées au droit inhérent à la chose, puisqu'un possesseur de bonne foi n'est pas, suivant la nature de ce droit, plus autorisé d'employer ses soins, & ses peines au bien d'autrui, que ne l'est un possesseur de mauvaise foi: relativement à la restitution ils sont parfaitement égaux. D'où l'on voit combien le droit inhérent à la chose a dû causer de l'embaras aux Jurisconsultes Romains. Aussi les voit-on revenir à la raison naturelle, comme s'exprime JUSTINIEN; & à des principes qui y sont plus conformes. Mais avec tout cela, il s'est introduit par-là une obscurité dans le Droit Romain, qui embarasse extrêmement les Interprétes, preuve, combien un principe erroné, une fois admis, peut nuire à nos connoissances.

Le Droit Romain adjuge les fruits consumés au possesseur de bonne foi: on a mis en question s'il falloit entendre par-là, les fruits naturels & ceux de l'industrie, ou seulement ces derniers. Les sentiments sont partagés, parce que l'on ne s'est pas accordé sur la cause de l'acquisition, que le possesseur de bonne foi fait des fruits: les uns l'attribuent à la bonne foi, les autres aux soins & aux peines pris pour les percevoir. Le célebre Jurisconsulte NOODT fait voir dans son Commentaire sur le titre des Pandectes de *rei vindicatione*, que le Droit Romain veut, qu'un possesseur de bonne foi acquiere tous les fruits, les naturels aussi-bien que ceux d'industrie, par la raison que le possesseur de bonne foi est regardé comme le véritable maître de la chose, jusqu'au temps que le véritable maître réclame son bien; parce que le véritable maître auroit joui de tous les fruits, s'il eût joui de son bien: il se fonde en particulier sur ce que le Jurisconsulte PAUL dit *l.* 48. *ff. de adq. rer. dom.* Afin de concilier les endroits qui ont porté quelques Auteurs à suivre un sentiment différent, Mr. NOODT observe que les mots *cultura & cura*, dont JUSTINIEN se sert dans le §. 35. des *Inst.* marquent non pas le fait, mais le droit, qu'un possesseur de bonne foi a, de percevoir les fruits; que son droit étant égal à celui du maître de la chose, tant que celui-ci ne lui est pas connu, il en résulte, que tous les fruits doivent lui revenir indistinctement; attendu que ce n'est pas proprement le fait, que ce ne sont pas proprement les soins & les peines, qui font adjuger au possesseur de bonne foi les fruits consumés, mais le droit qu'il a eu d'employer ses soins & ses peines, à cause de la bonne foi dans laquelle il s'est trouvé. J'avoue que je ne goûte pas le raisonnement de ce célebre Jurisconsulte: je ne vois pas qu'en bonne logique on puisse s'autoriser de l'argument suivant: VIRGILE, OVIDE & d'autres Ecrivains se sont à la fois servis, dans quelques endroits, du mot de *cultura* & de celui de *cura*, pour désigner une même chose; donc JUSTINIEN ne les a point employés dans un sens différent. J'accorde volontiers, que le Droit

A quoi on est tenu pour la détérioration de la chose d'autrui.

§. CCLXXVII. Il est clair qu'une chose détériorée vaut moins, qu'elle ne valoit auparavant ; c'est pourquoi, puisqu'on cause un dommage au maître par la détérioration de sa chose (§. CCLXIX.), & que personne ne doit causer du dommage à un autre (ibid.), mais qu'on doit réparer celui qu'on a causé soit par dol, soit par faute (§. CCLXX.) ; *celui qui a détérioré la chose d'autrui, soit par dol, soit par sa faute, est tenu envers le maître, pour autant que la chose détériorée vaut moins qu'auparavant.* (*b*)

A quoi le possesseur de bonne foi.

§. CCLXXVIII. C'est pourquoi, puisque le possesseur de bonne foi n'est tenu pour aucun fait, & que le possesseur de mauvaise foi est tenu pour un fait quelconque (§. CCLXXII.); *le possesseur de bonne foi n'est tenu à aucune restitution pour la détérioration de la chose ; mais le possesseur de mauvaise foi est tenu pour autant, que ce dont vaut moins la chose détériorée : il faut dire de la détérioration causée par hasard, ce que nous avons dit des choses péries par hasard* (§. CCLXXIII.).

Impenses, ou frais, ce que c'est, & de combien de sortes il y en a.

§. CCLXXIX. On appelle *impenses* ou *frais* les dépenses qu'on fait pour une chose, soit pour la conserver, soit pour s'en servir, soit pour en jouïr. On appelle frais *nécessaires*, ceux que l'on fait pour conserver la chose; frais *utiles*, ceux qui la rendent plus utile & plus fructueuse; & frais *de plaisir* ou *d'agrément*, ceux que l'on fait seulement pour en tirer du plaisir. Quand on fait des frais utiles, on dit que la *chose* est *améliorée;* on les appelle *mixtes*, s'ils se font à la fois pour le plaisir, la nécessité & l'utilité; & *ceux de plaisir ou d'agrément l'emportent*, si l'on a plus égard au plaisir qu'à la nécessité & à l'utilité.

§. CCLXXX.

Romain adjuge indistinctement tous les fruits consumés à un possesseur de bonne foi: que la *l.* 45. *ff. de usur.* n'est pas contraire à cette doctrine; mais je demande pourquoi un possesseur de bonne foi, qui a acquis un bien par donation, ou toute autre cause, n'est-il pas obligé de restituer la valeur des fruits consumés s'il en est devenu plus riche; tandis qu'il n'en est pas de même de celui, qui de bonne foi possede un héritage. *l.* 25. §. 11. *l.* 40. §. 1. *de hered. pet.* Pourquoi les Romains ont-ils abandonné le principe, que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, par rapport au premier; pourquoi l'ont-ils suivi par rapport au dernier? La bonne foi a donné le droit de percevoir, & de consumer, comme elle a donné celui de conserver un bien qu'aucun maître ne réclame; mais cette bonne foi vous dégage-t-elle de l'obligation de restituer au véritable maître la valeur des fruits consumés, tandis que vous êtes obligé de lui restituer son bien? Voilà ce dont il est ici question, & sur quoi il faudroit pouvoir répondre. Mr. Heineccius veut qu'on regarde les soins & les peines pour la cause prochaine, & la bonne foi pour la cause éloignée. Ce n'est pas cela encore ; du moins autant que j'en puis juger. Justinien parle, ce me semble, plus naturellement. On voit par ce qu'il dit, que les Jurisconsultes Romains ont considéré les soins & les peines, comme un équivalent du profit qu'un possesseur de bonne foi, pouvoit avoir retiré d'un bien acquis par donation, ou par quelqu'autre cause; & qu'ils ont jugé en conséquence, que celui qui rendoit un bien, ne devoit pas être censé être devenu plus riche par les fruits. J'en ai fait la remarque plus haut. *Lucrari oportet*, dit le Jurisconsulte Paul *l.* 4. *ff.* §. 2. *fin. regund.* Celui qui de bonne foi possede un bien, ne peut manquer d'y songer comme à un bien propre: ce bien, comme tous ceux qu'il possede, entre dans les objets, qui occupent son esprit, ses soins, ses peines & ses travaux ; & il me paroît très-naturel, que Justinien a voulu désigner tout cela par les mots de *cura* & *cultura*. Les Jurisconsultes Romains ont compris, qu'il étoit raisonnable de compenser les fruits consumés, par les soins & les peines employés pour les percevoir.

Prétendre que ces deux mots désignent non pas le fait, mais le droit qu'un possesseur de bonne foi a de s'approprier & de consumer les fruits perçus, (quelqu'ingénieuse que soit l'interprétation) c'est, ce me semble, s'éloigner de l'état de la question. Il n'est pas proprement ici question du droit de s'approprier & de consumer les fruits d'un bien, qu'on possede de bonne foi, tant que le bien n'est pas revendiqué; mais de l'obligation à la restitution, lorsque le véritable maître le réclame. Le maître ne peut réclamer les fruits consumés, par la raison qu'ils n'existent plus : peut-il en exiger la valeur? Non. Pourquoi? Ils doivent être censés faire l'équivalent des soins & des peines, qu'on a pris pour les percevoir. Ce n'est pas votre bonne foi, ni le droit que vous avez eu de les percevoir & de les consumer, qui vous décharge de l'obligation d'en restituer la valeur, tandis

§. CCLXXX. Puisque nous sommes obligés à conserver notre patrimoine, & à l'augmenter autant que nous le pouvons (§. CCVIII.); *le maître est naturellement obligé à faire, autant qu'il le peut, les dépenses nécessaires & utiles.* Et puisque nous devons avoir soin aussi de passer la vie agréablement (§. CXIX.), *les frais de plaisir ne sont pas illicites, à moins qu'ils ne produisent un plaisir nuisible* (§. CXX.).

Obligation & droit de faire des frais.

§. CCLXXXI. Puisque nous sommes obligés à faire les frais nécessaires & utiles (§. CCLXXX.), le possesseur de la chose d'autrui, en les faisant, ne fait rien que ce que le maître auroit dû faire lui-même, pourvu que les frais utiles le soient autant pour le maître, que pour le possesseur. Donc *il faut restituer au possesseur, tant de bonne que de mauvaise foi, les frais nécessaires & utiles, par lesquels la chose a été rendue plus fructueuse.* Comme cependant le possesseur de bonne foi n'est tenu pour aucun fait envers le maître, & que le possesseur de mauvaise foi est tenu pour un fait quelconque (§. CCLXXII.), *il faut restituer au possesseur de bonne foi, les frais-mêmes, par lesquels la chose a été rendue seulement plus utile; mais ces frais ne doivent pas être restitués au possesseur de mauvaise foi, à moins qu'ils ne soient également utiles au maître, ou que la chose n'en soit devenue plus précieuse,* car le maître ne doit pas devenir plus riche par le dommage du possesseur (§. CCLXXI.), & il ne doit point souffrir du dommage lui-même, en restituant des frais qu'il n'auroit pas faits (§. CCLXIX.), puisqu'il les auroit faits inutilement. (*i*)

De la restitution des dépenses utiles & nécessaires.

§. CCLXXXII.

dis que vous devez me restituer la chose-même; c'est que le maitre ne peut revendiquer les fruits; & qu'il ne pourroit en exiger la valeur, qu'en vous dédommageant de vos soins & de vos peines. L'équité veut qu'on les compense. Tel est, ce me semble, l'esprit du Droit Romain. Telle est du moins la décision de JUSTINIEN.

Mais pourquoi la même chose n'a-t-elle pas lieu, par rapport à un héritage? La raison en est naturelle. Un héritage est sujet à des augmentations & à des diminutions accidentelles. Les Jurisconsultes Romains l'ont bien remarqué. On le voit par les passages que j'ai cités ci-dessus. Ils ne pouvoient donc pas compenser les accessions d'un héritage, avec ce qu'ils nommoient le *cura & cultura*; ils devoient s'en tenir au principe, qui ordonne qu'on restitue tout ce, par quoi on seroit devenu plus riche. VINNIUS en donne d'autres raisons, peut-être mieux calculées sur les subtilités du Droit Romain. Je préfere celles qui me paroissent les plus simples, & que souvent les hommes suivent sans s'en appercevoir. Remarquons en passant, que s'il y a une raison de différence entre un héritage, & quelqu'autre bien possédé de bonne foi, il est très-peu convenable d'appliquer ce qui est dit, par rapport à la restitution d'un héritage, à la restitution d'un autre bien, comme le font quelques Jurisconsultes, peu attentifs aux régles d'une juste application.

Ce que je viens d'exposer prouve, que l'on ne peut admettre la doctrine de notre Auteur, au sujet de la restitution des fruits consumés, à faire par un possesseur de bonne foi; & que celle du Droit Romain seroit parfaitement conforme aux principes du Droit Naturel, si elle n'avoit pas renfermé l'idée d'un droit inhérent à la chose, qui a empêché de distinguer dans les possesseurs de bonne foi, celui qui possede à titre lucratif, & celui qui possede à titre onéreux.

§. CCLXXVII. (*h*) Comme la Société publique est intéressée, à ce qu'on ne cause point de dommage à autrui, quoiqu'on le répare dans la suite; parce que souvent il y a des circonstances, qui ne permettent pas une estimation, & que d'ailleurs on se trouve toujours plus ou moins dérangé par l'effet d'un dommage, le Droit Romain ne se contentoit pas toujours d'une simple réparation: elle y ajoutoit une espéce de peine, comme l'on voit par la *Loi Aquil. de damn. inj. dat. Inst. ad eand. leg.* §. 9. La Pratique permet aujourd'hui la demande de dépens, dommages & intérêts: mais il est très-rare que par-là le dommage de celui qui le souffre, soit pleinement réparé: parce que celui qui en fait la demande, est fort souvent hors d'état de prouver l'intérêt qu'il y a; & par un penchant, dont je ne conçois pas la raison, les Juges sont presque toujours portés à décharger celui qui a causé le dommage, dès que les preuves ne sont pas rigoureusement exactes.

§. CCLXXXI. (*i*) Tout ceci est une conséquence de ce que l'Auteur a établi dans les §§. précédents; mais nous devons y observer, que, par les raisons que nous avons alléguées ci-dessus, le maitre n'est pas tenu dans l'état naturel de restituer à un possesseur de mauvaise foi, tous les frais qu'il a faits. Le droit de punition lui

dont

Des frais qu'on peut reprendre. §. CCLXXXII. On *reprend ses frais* quand on emporte ce qu'on a fait à ses dépens, à la chose d'autrui. On reprend, *sans détriment de la chose*, ce qu'on peut en ôter, sans qu'elle soit détériorée. C'est pourquoi, puisque personne ne doit s'enrichir par le dommage d'un autre (§. CCLXXI.); *si le possesseur restitue la chose d'autrui, il peut reprendre ceux de ses frais, qu'il peut ôter sans détriment de la chose.*

De la restitution des frais de plaisir, & du conflict de dommages. §. CCLXXXIII. Puisque *le possesseur de bonne foi* n'est tenu, envers le maître, pour aucun fait (§. CCLXXII.), *on doit lui rendre tous les frais de plaisir, qui ne peuvent être repris, ou purement & simplement, ou sans détriment de la chose, à raison de ce qu'ils valent au temps de la restitution de la chose* (§. CCLXXI.). Mais le possesseur de mauvaise foi, étant tenu pour tous ses faits (§. CCLXXII), s'il a fait des frais de plaisir, que le maître n'auroit pas faits, & qu'il savoit ne pouvoir être repris ou simplement, ou sans détriment de la chose, en ce cas, la chose a été réduite par sa faute en tel état que, lorsqu'il faut la restituer, le maître ou le possesseur doit souffrir quelque dommage (§. XVII.); c'est pourquoi cela devant être imputé, non au maître mais au possesseur (§. III.), *les frais de plaisir, qui ne peuvent être repris ou simplement, ou sans détriment de la chose, & que le maître n'auroit pas faits, ne doivent pas être rendus au possesseur de mauvaise foi; il en est autrement s'il se trouve, que le maître auroit fait lui-même ces frais.* Je remarque en passant, qu'il paroît en général par ce que nous avons dit, que *si le dommage de celui, par la faute de qui il est arrivé, se trouve en conflict avec le dommage d'un autre, qui est exempt de toute faute, c'est celui qui est en faute qui doit souffrir le dommage;* d'où il suit encore que, *si ni l'un ni l'autre ne sont exempts de toute faute, le dommage doit être partagé à raison de la faute.* (*k*)

Du droit de déduire les frais. §. CCLXXXIV. On dit que le possesseur *déduit les frais*, s'il rend autant de moins que valent les frais au temps de restitution, si, par exemple, il rend trente, au lieu qu'il auroit dû rendre cent & cinquante, pour les fruits consumés, les

donne celui de ne pas satisfaire au devoir, dont notre Auteur parle dans ce paragraphe. Cependant le Jurisconsulte PAUL dit, que la douceur & l'humanité exigent, qu'on bonifie les frais au possesseur de mauvaise foi: car, ajoute-t-il, le demandeur ne doit pas s'enrichir au détriment d'autrui. C'est GROTIUS qui fait cette remarque *Liv.* II. *Ch.* VIII. §. 24. *du Droit de la Guerre & de la Paix*, en citant la *l.* 38. *ff. de hæred. pet.* On peut y ajouter ce que GAJUS dit dans la *l.* 36. §. 5. *de hæred. pet.* Voilà donc un conflict de devoirs & de droits: car si d'un côté la justice ne permet pas, que le demandeur s'enrichisse au détriment d'autrui; d'un autre côté la justice exige, qu'un possesseur de mauvaise foi souffre un détriment pour sa mauvaise foi. On peut lui appliquer ce que JULIEN dit *l.* 14. *ff. de donat. Qui alienum fundum donationis causa excolit, nullam retentionem propter impensas faciet: quia domini res ab eo injectas continuo efficit.* De ces deux principes opposés, auquel faut-il donner la préférence dans le cas en question? La raison que Mr. BARBEIRAC allegue, à l'endroit que je viens de citer de GROTIUS, en faveur du dernier de ces deux principes, paroît assez concluante. Aussi le Droit Romain restreint-il quelquefois le remboursement des frais à ceux, qui ont rendu la chose meilleure, comme il paroit par la même *l.* 38. *cit.* & JULIEN paroit incliner du même côté dans la *l.* 6. §. 3. *ff. de negot. gest. Ipse tamen, si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem.* Voyez encore la *l.* 5. *C. de rei vind.*, où l'on accorde à un possesseur les frais nécessaires, & par rapport aux frais utiles, la permission de les defalquer de la chose, si cela se peut sans la détériorer. Avec tout cela les Jurisconsultes Romains paroissent avoir été assez indécis sur cette matiere; ce qu'on doit attribuer, ce me semble, au conflict des principes, dont nous venons de parler, & qui paroissent être sujets à bien des modifications suivant les circonstances; telles que le sont, par exemple, le plus ou moins de mauvaise foi; le plus ou moins de frais; le plus ou moins de profit ou de perte, que feroit d'un côté le maitre de la chose, de l'autre côté le possesseur de mauvaise foi: car quoiqu'il soit vrai, que le possesseur de

es frais étant estimés cent & vingt. Puisque, par la déduction des frais sur ce qu'il faut rendre au maître, le possesseur & le maître ont chacun ce qui est à eux, ou ce qui leur est dû, & qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient (§. LXXXVI.), il s'ensuit, que *le possesseur a droit de déduire les frais qu'on doit lui restituer*, droit qui naît de l'obligation à la restitution mutuelle (§. XLVI.).

§. CCLXXXV. On appelle *prix de la trouvaille*, ce qu'on donne à celui qui a trouvé une chose perdue, parce qu'il la rend à son maître. Puisque celui qui a trouvé une chose est obligé à la restituer (§. CCXX. CCLXI.); *naturellement on ne doit aucune récompense à celui qui a trouvé une chose perdue*, & par conséquent *il n'a pas le droit de l'exiger*. On peut voir par ce que nous venons de dire, au sujet du possesseur de la chose d'autrui, ce qu'il y a à observer au sujet des frais faits pour avoir, & pour conserver une chose perdue; car la restitution des frais est fondée sur ce qu'ils ont été faits pour la chose d'autrui. *Du prix de la trouvaille.*

§. CCLXXXVI. *Frauder quelqu'un* c'est le priver, par le moyen de discours ou d'actions trompeuses, de ce qui est à lui, ou de ce qui lui est dû. On appelle donc *fraude* un fait, par lequel on cause à un autre, avec qui l'on a affaire, quelque dommage à son insçu, si c'est à dessein de le tromper, on l'appelle *fraude de dessein*, si c'est sans dessein, si, par exemple, on vend sans le savoir une pierre fausse pour fine, on l'appelle *fraude d'événement*. Puisqu'il ne faut causer du dommage à personne, ni par dol ni par faute (§. CCLXIX.), *il ne faut frauder personne, & la fraude de dessein est illicite*; & puisqu'il faut réparer le dommage qu'on a causé (§. CCLXX.), *non-seulement il faut restituer à un autre, ce dont on l'a privé par fraude, ou lui en rendre la valeur; mais il faut dédommager celui à qui la fraude d'événement auroit pu nuire.* *De la fraude, soit de dessein, soit d'événement.*

§. CCLXXXVII. On appelle *droit de la possession* celui, qu'a le possesseur en vertu de la possession. Il differe donc du droit de posséder, qui appartient au maître en vertu du domaine (§. CC.). Il paroît au reste, par ce que nous allons dire, qu'*il y a un droit de la possession*. (*l*) *Du droit de la possession.*

§. CCLXXXVIII.

de mauvaise foi mérite de perdre ses frais, il ne mérite pourtant pas de souffrir une peine plus forte, que le mal qu'il a commis; & il feroit, par exemple, contraire à l'équité, qu'on réduisit à la mendicité un possesseur de mauvaise foi, qui auroit eu l'imprudence de dépenser tout son bien à améliorer un fonds, qu'il sauroit ne lui pas appartenir; & que le maître en retirât tout le bénéfice. C'est donc, en décidant suivant les circonstances, qu'il faut concilier les différents sentiments sur cette matiere, diversité qui provient de ce qu'on n'a pas été assez attentif à l'étendue des principes qu'on adoptoit, & qu'on les a employés comme étant d'une application générale, tandis qu'on ne les auroit dû regarder que comme des principes particuliers. Le Jurisconsulte CELSUS nous autorise à en juger ainsi. *l.* 38. *ff. de rei vind.* Mais voici une raison, à laquelle on ne paroit pas avoir fait attention & qui est, ce me semble, assez décisive. Quel est le fondement sur lequel je suis autorisé, de refuser à un possesseur de mauvaise foi les frais qu'il a faits pour une chose qui m'appartenoit, & d'agir contre la regle, qui m'ordonne de ne pas m'enrichir aux dépens d'autrui: il n'y en a point d'autre, que le droit de punir. Or dans l'état civil aucun particulier n'a droit de punir: le maître d'un bien n'a donc point non plus, dans l'état civil, le droit de punir un possesseur de mauvaise foi: conséquemment il ne peut lui refuser le remboursement des frais, que la conservation de son bien ont exigés, & ceux par lesquels ce bien se trouve amélioré. Remarquons en passant, que ce raisonnement prouve à la fois, qu'il n'est pas toujours convenable de rapporter au droit civil, des principes du droit naturel.

§. CCLXXXIII. (*k*) Il faut faire aux conclusions énoncées dans ce paragraphe, le correctif indiqué dans les remarques que j'ai faites §. CCLXXVI. & CCLXXXI. sur le raisonnement, dont l'Auteur déduit ces conclusions; & il en faut faire tout autant de ce qui est dit dans le §. CCLXXXIV.

§. CCLXXXVII. (*l*) Ordinairement on confond le *droit de possession*, & le *droit de posséder*, que l'on pourroit nommer aussi *droit à la possession*: il importe de les bien distinguer. Le droit de possession est uniquement ce droit, qui résulte de la possession, & qui nous rend maîtres *putatifs* de

De la fpoliation; qu'elle est défendue, & qu'il faut rétablir le spolié.

§. CCLXXXVIII. Puisque le maître a seul le droit de posséder (§. CC.), & qu'il ne peut contraindre par la force le possesseur à la restitution, sans avoir prouvé son domaine (§. CCLXII.); *un possesseur actuel quelconque ne peut être chassé de sa possession, ou dépossédé, par celui qui n'est pas le maître, ni même par le maître qui n'a pas encore prouvé son domaine, ni par un possesseur qui n'a pas encore prouvé la justice de sa possession;* par conséquent *s'il a été dépossédé, on doit lui restituer la possession.* C'est pourquoi, puisque les choses sont possédées pour exercer le domaine (§. CC.); *aussi long-temps qu'il n'est pas permis de déposséder le possesseur, il faut lui permettre l'exercice du domaine.* L'action violente, par laquelle on chasse, ou l'on prive quelqu'un de sa possession, s'appelle, en droit canonique, *spoliation,* d'où il suit, qu'*il faut rétablir le spolié*, ou le dépouillé. (*m*)

Du droit de défendre & de recouvrer sa possession.

§. CCLXXXIX. Puisque *le possesseur n'est pas tenu de se laisser déposséder par la force, par celui qui n'est pas le maître, ni même par le maître, qui n'a pas encore prouvé son domaine* (§. CCLXXXVIII. XLVI.), *il a* aussi *le droit de défendre sa possession* (§. XC.), *& pareillement il a droit aux choses, sans lesquelles il ne peut recouvrer la possession qu'il a perdue.* En effet tant que le possesseur est en possession, il agit comme maître, & cela doit lui être permis (§. CCLXXXVIII.).

De la possession violente & clandestine.

§. CCXC. On dit qu'on *possede par violence*, quand on a acquis une possession en dépossédant, par une force injuste, l'ancien possesseur. On dit qu'on *possede clandestinement*, quand on s'est emparé d'une possession à l'insu du possesseur, sans violence, mais aussi sans droit. On dit que celui qui fait cela *entre furtivement en possession*, & la *possession* ainsi acquise, s'appelle *clandestine.* Elle est équivalente à une chose enlevée par larcin. Il paroît au reste, comme ci-dessus (§. CCLXXXVIII.), que *la possession clandestine est illicite, soit que celui qui possede clandestinement ne soit pas le maître, soit qu'il le soit, sans avoir encore prouvé son domaine;* & que *la possession doit être restituée à l'ancien possesseur;* que, par conséquent, *il a droit de ne pas souffrir qu'un autre possede clandestinement,* &

de la chose, comme s'exprime Mr. BARBEIRAC, ou bien *ad interim*, comme parle le Jurisconsulte PAUL *l.* 48. *ff. de rei vind.* Le droit à la possession est celui, qui résulte du domaine (*dominium*) & qui reste au maître, soit qu'il ait la chose réellement en possession, ou qu'il ne l'ait point. ULPIEN en fait sentir la différence, en parlant de l'Edit, *uti possidetis. Hujus autem Interdicti proponendi causa hæc fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate. Fieri enim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit; alter dominus quidem sit; possessor vero non sit; fieri potest, ut & possessor idem, & dominus sit. l.* 1. *§.* 1. *ff. uti poss.*

§. CCLXXXVIII (*m*) Les conclusions énoncées dans ce paragraphe peuvent servir à rendre raison de plusieurs maximes & de plusieurs décisions du Droit Romain. *In pari causa*, dit le Jurisconsulte PAUL, *possessor potior haberi debet. l.* 128. *ff. de div. reg. Jur.* & ULPIEN dans la *l.* 126. *eod. Cum de lucro duorum quæratur: melior est causa possidentis. Melior est causa possidentis quam petentis*, dit le même Jurisconsulte *l.* 9. *§.* 4. *de publ. act.* JUSTINIEN parle, à-peu-près, comme notre Auteur dans le §. 4. *Inst. de interd.* „ L'avantage (dit-il, selon la traduction de Mr. FERRIERES) „ qu'a celui qui possede, consiste en ce que, si „ la chose ne lui appartient point la possession lui „ demeure, si le demandeur ne justifie qu'il en est „ le propriétaire." La traduction n'est pas exacte: JUSTINIEN s'exprime mieux lui-même. „ *Commodum autem possidentis in eo est, quod* ETIAMSI *ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet in suo loco possessio.*"

§. CCLXXXIX. & CCXC. (*n*) C'est sur les droits, qui résultent de la simple possession, & sur les conséquences, que l'Auteur nous en expose dans ces deux paragraphes, que sont fondés les édits, connus dans le Droit Romain sous les dénominations de *uti possidetis, utrubi,* de *vi & vi armata, quod vi & clam* &c. & que les Empereurs DIOCLETIEN & MAXIMIEN *permettent d'user de violence, contre ceux qui attaquent une possession. l.* 1. *C. unde vi.* Nous avons dans nos Tribunaux les moyens de *maintenue*, & ceux de *complainte*, qui répondent au même but. On peut consulter, sur la

& par conséquent encore, *de le déposséder par la force, s'il ne veut pas restituer la possession.* (*n*)

§. CCXCI. Puisqu'on possede une chose, quand on a le pouvoir physique d'en disposer à son gré (§. cc.), & par conséquent, d'exercer le domaine (§. cxcv.); *on acquiert la possession d'une chose, si, par quelque fait, on la réduit en tel état, qu'on ait le pouvoir physique d'en disposer en maître; on retient la possession aussi long-temps qu'on peut exercer le domaine, ou par soi-même, ou par un autre; & on la perd, si la chose parvient en tel état que cela ne puisse plus se faire.* *Comment la possession s'acquiert, se retient & se perd.*

§. CCXCII. Puisqu'on possede une chose, quoiqu'on exerce le domaine par un autre (§. ccxci.); *on peut posséder une chose, quoiqu'on soit absent.* *Si un absent peut posséder.*

§. CCXCIII. Puisque la possession dépend du pouvoir d'exercer le domaine (§. ccxci.), *on possede une chose mobiliaire aussi long-temps qu'on la tient en sa garde;* & *les choses incorporelles* ne pouvant être retenues, qu'autant qu'on s'en sert actuellement (§. cxxi.); elles *sont possédées par l'usage qu'on en fait par la faculté physique de s'en servir, & d'empêcher qu'un autre ne s'en serve.* (*o*) *De la possession des choses mobiliaires & incorporelles.*

§. CCXCIV. Puisqu'en s'emparant des choses qui ne sont à personne, on les réduit en tel état, qu'on peut en disposer à son gré (§. ccx. cxcv.), & que la maniere primitive d'acquérir le domaine des choses, est de s'en emparer, ou l'occupation (§. ccx.), *la possession des choses qui ne sont à personne, s'acquiert avec le domaine par un seul & même acte, & c'est la maniere primitive d'acquérir la possession,* c'est-à-dire, que c'est celle, par laquelle on acquiert la possession des choses, qui n'ont encore été dans la possession de personne (*). *De la maniere primitive d'acquérir la possession.*

§. CCXCV. Une *possession* peut être *à titre* ou *sans titre.* On appelle *titre* une raison légale, ou tirée de la loi, par laquelle il paroît qu'un certain fait produit un certain droit (†): & ce fait, par lequel nous sommes rendus participants du droit, est *la maniere d'acquérir* (*). Il paroît de-là, que *la possession, acquise en s'emparant d'une chose qui n'est à personne, est une possession à titre,* puisqu'en vertu de la loi naturelle, on acquiert la possession d'une chose avec le domaine, en s'en emparant (§. ccxciv.). *De la possession à titre, & du titre.*

§. CCXCVI.

la maniere de les employer, & sur les cas, dans lesquels on peut en faire usage ou ne le point faire, MENOCHIUS *de remediis retinendæ possessionis*, POSTIUS *de manutenendo*, REBUFF. *ad const. reg. part.* 3. *in tract. de mater. possess.* FERRIERES dans ses notes sur les *Inst. L.* IV. *T.* 15. §. 4. ainsi que le *Traité de complainte* de Mr. BORT, Jurisconsulte Hollandois. On peut encore consulter les Auteurs que Mr VINNIUS cite dans ses notes sur les *Instit. de Interd.*

§. CCXCI. CCXCII. & CCXCIII. (*o*) Ce que l'Auteur enseigne dans ces trois paragraphes, répond à ce que nous avons démontré dans la note aux §§ cc. cci. p. 76. & suiv.

(*) De-là vient que le mot latin *occupatio*, l'action de s'emparer, qui est la maniere primitive d'acquérir le domaine, se rend ordinairement en françois par *prise de possession*, mais nous n'aurions pu le faire jusqu'à présent, sans anticiper sur la marche de notre Auteur, qui distingue soigneusement, & avec raison, la possession d'avec le domaine, & qui n'a établi qu'ici, que c'est par un même acte, qu'on acquiert primitivement l'un & l'autre. R. d. T.

(† On voit que sous le terme de *loi* il faut comprendre ici la loi naturelle, aussi-bien que la loi civile, ainsi la raison, pour laquelle, par la génération, on acquiert l'autorité sur les enfants, est tirée de la loi de la nature, qui déclare que la génération est un fait tel, qu'il peut acquérir l'autorité sur les enfants, & cette raison est le titre de ce droit; ainsi, encore dans cet article, la raison, pour laquelle on acquiert la possession d'une chose en s'en emparant, est tirée de la loi naturelle. On comprend au reste, qu'il y a des possessions sans titre, comme est celle d'une chose volée; le vol n'étant point un fait qui puisse produire le droit de posséder, puisqu'il est défendu par la loi naturelle. R. d. T.

(*) Ainsi on possede une chose à titre d'achat, de don, &c. ces faits sont la maniere d'acquérir la chose achetée, donnée, &c. R. d. T.

De la perte de la possession d'une chose immeuble, & incorporelle. §. CCXCVI. Puisqu'on perd la possession, si la chose parvient en tel état, qu'on ne puisse exercer le domaine (§. CCXCI.); *si quelqu'un exerce le domaine sur votre chose immeuble, ou exerce quelque droit qui vous appartient, & ne souffre pas que vous l'exerciez, vous avez perdu la possession.* Mais on retient la possession aussi long-temps qu'on peut exercer le domaine (§. CCXCI.), & par conséquent, qu'on ne souffre pas qu'un autre l'exerce malgré nous, & tant que personne ne peut nous empêcher de l'exercer, *la possession ne se perd pas par le seul non-usage.*

Du trouble dans la possession. §. CCXCVII. On dit que le possesseur est *troublé dans sa possession*, si on l'empêche d'exercer son domaine, à l'égard d'un ou de quelques-uns des actes, qui doivent être permis, sans cependant lui ôter l'exercice de tous. On appelle *trouble verbal*, celui qui consiste en paroles; & *trouble réel*, celui qui consiste en quelque fait. Et la *force*, par laquelle on trouble quelqu'un dans sa possession, s'appelle *perturbatrice*; comme on appelle force *expulsive*, celle par laquelle on le dépossede; & *compulsive*, celle par laquelle on le contraint, à céder sa possession à un autre. Puisqu'on doit laisser au possesseur le libre exercice du domaine (§. CCLXXXVIII.), *le trouble tant verbal que réel, causé à quelqu'un dans sa possession, est illicite.*

De la quasi-possession. §. CCXCVIII. On dit que les choses incorporelles sont *quasi possédées*, entant qu'on en imagine une possession analogue à celle des choses corporelles; le fondement de cette analogie est le pouvoir physique de faire ces actes, auxquels on est autorisé par la faculté ou le pouvoir moral, qui est le droit appartenant au maître.

De la perte du droit de la possession. §. CCXCIX. Puisque le droit de la possession naît de la possession (§. CCLXXXVII); *en perdant la possession, on perd aussi le droit de la possession*; par conséquent, *les droits de la possession se conservent aussi long-temps qu'on conserve la possession.*



CHA-

CHAPITRE IV.

Du droit resté de la communauté primitive. (†)

Ce que c'est que le droit resté de la communauté primitive.

§. CCC. On appelle *droit resté de la communauté primitive*, celui qui, après l'introduction du domaine, nous appartient encore sur les choses qui sont dans le domaine des autres. Il est donc distinct de la communauté primitive, qui subsiste encore à l'égard de certaines choses, dont personne ne s'est encore emparé, ou dont on ne peut s'emparer.

En quoi la communauté primitive subsiste encore.

§. CCCI. Puisqu'on a fait cesser la communauté primitive, par l'acquisition primitive des domaines (§. CXCIV. CCX.), par conséquent en s'emparant des choses (§. CCX.); *les choses, dont on n'a pas pu, ou dont on n'a pas dû s'emparer, sont encore dans la communauté primitive*, ou *appartiennent en commun à tous les hommes*, ou ce qui revient au même, *la communauté primitive subsiste encore par rapport à ces choses.* (*p*)

Des choses qui sont d'un usage inépuisable.

§. CCCII. On appelle *choses d'un usage inépuisable*, celles dont il y a assez pour l'usage de tous les hommes, & qui sont à leur portée toutes les fois qu'ils en ont besoin. Puisque le maître exclut tous les autres de l'usage de sa chose (§. CXCV.), & que l'usage des choses qui sont à la portée de tous, toutes les fois qu'ils en ont besoin, n'a point pu être ôté par un seul à tous les autres (§. LXXIV.); il s'ensuit, qu'*on n'a point dû s'emparer des choses qui sont d'un usage inépuisable* (§. CCX.), par conséquent, *la communauté primitive subsiste encore, par rapport à ces choses.* Ainsi malgré l'introduction des domaines, *l'air*, *l'eau courante*, *la lumiere du soleil*, *sont encore des choses communes à tous.* (*q*)

Pourquoi ce qui ne peut être limité ou défendu, est resté en commun, comme la mer.

§. CCCIII. Pareillement, puisqu'en vertu du domaine, tout autre que le maître, est exclus de l'usage des choses, qui sont dans le domaine (§. CXCV.); *ce qu'on veut soumettre au domaine doit être limité, & ce qui ne peut être limité, ne sauroit être soumis au domaine.* De plus, puisque le maître a droit d'empêcher, que personne n'use de sa chose malgré lui (ibid.); il faut qu'il puisse défendre son domaine. Donc

(†) CHAP. IV. L'Auteur traite dans ce Chapitre les questions les plus importantes du Droit public, entant que ce droit comprend les choses, qui sont demeurées dans la communauté primitive. Les principes qu'il y expose, sont si bien & si évidemment démontrés, que cette partie de son ouvrage surpasse de beaucoup les volumes énormes, qui ont été publiés sur la même matiere. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à le confronter avec d'autres Auteurs.

§. CCCI. (*p*) On sent bien qu'il est ici très-indifférent, de supposer avec l'Auteur une communauté primitive, ou de la rejetter: de supposer que les choses, encore aujourd'hui communes, le sont en vertu de cette communauté primitive, ou bien comme n'ayant jamais été occupées. Les conséquences en seront toujours les mêmes. Mais il importe de faire attention à ceci: savoir quelles sont les choses, qui par leur nature sont susceptibles d'occupation, & quelles sont celles qui n'en sont point susceptibles. Celles qui n'en sont point susceptibles seront communes, non point parce qu'elles n'ont point été occupées, mais parce qu'elles n'ont pu l'être, le mot de *pouvoir*, pris ici dans un sens physique & moral. Celles qui étoient de nature à pouvoir être occupées, qui ne l'ont point été, ou qui ne le sont plus, seront communes, parce qu'on ne les a point occupées, ou qu'on les a abandonnées, suivant ce que l'Auteur a enseigné au §. CCIII.

§. CCCII. (*q*) On trouve les mêmes décisions dans le Droit Romain. Voyez *Instit.* §. 1. *de rer. divis.* MARCIEN s'exprime ainsi dans la *l.* 2. *ff. de div. rer. Et quidem naturali jure omnium communia sunt illa: aër, aqua profluens, & mare: & per hoc littora maris.*

Donc *tout ce qui est de telle nature, qu'on n'en peut défendre le domaine, n'a pu y être soumis.* Il paroît de-là, que *la mer est restée dans la communauté primitive, quoiqu'on ait pu en occuper quelques parties adjacentes au continent* (§. CCCII.). (*r*)

Avec quelle restriction tacite les domaines ont été introduits. §. CCCIV. Puisque tout homme a droit naturellement à l'usage nécessaire des choses naturelles (§. CLXXXVI.), & que la loi de la nature donne aussi droit à l'usage nécessaire des choses d'industrie, & artificielles (§. CLXXXVIII.), droit qu'on ne peut ôter à personne (§. LXXIV.); donc, *par l'introduction des domaines, on n'a pu ôter entierement à personne l'usage nécessaire des choses*, par conséquent, *les domaines n'ont pu être introduits, qu'avec cette restriction tacite, que, si dans quelque occasion, il arrivoit, que quelqu'un fût privé totalement de l'usage nécessaire des choses, il auroit quelque droit sur ces choses-mêmes qui sont dans le domaine.* En effet les domaines n'ont pas été introduits, pour que quelqu'un fût privé absolument de l'usage nécessaire des choses, mais au contraire, pour que cet usage fût mieux assuré à tous (§. CXCIV.).

Que dans le cas d'une extrême nécessité, on peut enlever aux autres les choses nécessaires. §. CCCV. *Si donc quelqu'un est privé absolument de l'usage des choses nécessaires, & qu'il ne soit pas en son pouvoir de se les procurer à un prix raisonnable, ou par son travail, & qu'il ne puisse aussi les obtenir des autres par ses prieres, il peut, dans l'état de nature, les enlever à un autre, qui peut s'en passer, à l'insu de cet autre, & contre sa volonté, & même il peut les lui arracher de force* (§. CCCIV.). Puis donc qu'il ne fait qu'user en cela du droit, qui lui reste de la communauté primitive (§. CCC.), *il n'est coupable ni de larcin, ni de rapine.* C'est-à-dire, qu'une extrême nécessité convertit le droit de demander, en droit de contraindre à donner. (*s*)

De l'obligation qui en naît. §. CCCVI. Au reste, comme ce droit, auquel l'extrême nécessité seule donne lieu, ne doit pas s'étendre au-delà de l'usage nécessaire, pour lequel il est donné (§. CCCIV.); *si la chose n'est pas consumée par l'usage, il faut la restituer quand on a fini de s'en servir; & si elle a été consumée par l'usage, & que, la nécessité cessant, on puisse rendre autant de la même chose, ou l'équivalent, il faut le faire.*

Efficace de la nécessité, quand il s'agit de se procurer les choses d'un autre. §. CCCVII. Il paroît au reste facilement par-là, qu'*une extrême nécessité donne le droit de contraindre un autre, à donner sa chose pour un prix raisonnable, ou pour une chose qui vaut autant.* Ainsi, par exemple, dans une cherté on peut contraindre à vendre leur blé, ceux qui en ont en abondance, & celui qui brûle une partie de

§. CCCIII. (*r*) Notre Auteur prouve dans ce paragraphe une vérité, qui a été vivement contestée par des Auteurs célébres, & que la Nation Angloise est bien éloignée d'avouër. On peut voir ce qu'en dit GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* II. §. 3. PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* IV. *Ch.* V. §. 5. & *suiv.* avec les Notes de Mr. BARBEYRAC. Nous remarquerons seulement, que l'Auteur fait dépendre l'impossibilité de pouvoir s'approprier la mer, uniquement du défaut d'un pouvoir physique, suffisant pour en maintenir le domaine (*dominium*); or c'est précisément ce défaut que la Nation Angloise n'avoue point: elle prétend avoir ce pouvoir; & de nos jours elle a fait voir jusqu'à quel dégré elle pouvoit le porter. Pour moi, je pense que, dans l'état naturel, aussi-bien que dans l'état civil, le pouvoir physique ne suffit pas pour s'approprier quelque chose: il faut que la faculté morale concoure avec le pouvoir physique & que même elle le précede; attendu que le pouvoir physique suppose toujours cette faculté, puisque par lui-même il ne peut produire un droit. Ainsi afin de pouvoir soumettre quelque chose à son domaine, il faut à la fois une faculté morale & un pouvoir physique; & sans le concours de ces deux qualités, on n'est pas autorisé à prétendre le domaine d'une chose. J'en juge ainsi sur les principes-mêmes de notre Auteur. Il a prouvé ci-devant, que naturellement chacun a droit à l'usage des choses qui lui sont nécessaires, & que celui qui a besoin d'une chose, qui n'appartient à personne, peut soumettre cet usage à son domaine, §. CCIX. Il faudroit donc, pour avoir le droit de réduire la mer dans son domaine, avoir besoin de l'usage de la mer, au point qu'on seroit dans la nécessité d'en devoir exclure tout autre: & il n'est pas apparent, que les Anglois prouvent jamais cette nécessité ni que l'usage de la mer leur soit plus nécessaire qu'aux autres Nations. Le fonde-

de ſes blés, pour vendre le reſte plus cher, peut être contraint à le vendre à un prix raiſonnable.

Droit de néceſſité.

§. CCCVIII. On appelle *droit de néceſſité*, celui que la ſeule néceſſité donne à certains actes, qui ne ſeroient pas permis ſans cela, & qu'elle donne, parce que ſans ces actes on ne peut ſatisfaire à quelque obligation indiſpenſable. Il paroît de-là, que *cet acte, auquel la neceſſité donne droit, doit être le ſeul moyen de ſatisfaire à quelque obligation indiſpenſable*; & il n'eſt pas moins évident, que *nous tenons de la loi naturelle-même le droit de néceſſité* (§. XLVI.). Il ne doit donc point paroître étrange, que le droit de néceſſité, par rapport à l'uſage néceſſaire des choſes, ſoit reſté, après que les domaines ont été introduits, puiſqu'il n'a pas dû être violé par leur introduction (§. LXXIV.).

Exemples particuliers de ce droit.

§. CCCIX. On peut par-là réſoudre pluſieurs queſtions particulières, qu'on peut voir dans notre Droit Naturel, *P. VI. c. 6.* ſi, par exemple, les vivres viennent à manquer dans un voyage par mer, ou dans un ſiége, chacun doit mettre en commun ce qu'il a; ſi vous manquez d'armes pour vous défendre contre un aggreſſeur, vous pouvez ſaiſir celles d'un autre, ſans conſulter le maître, & même malgré lui; il en eſt de même des inſtruments d'autrui, néceſſaires pour éteindre un incendie; de la deſtruction des choſes d'un aggreſſeur pour repouſſer une force injuſte, & de la deſtruction de la choſe d'autrui, pour éviter un péril commun, qu'on ne peut écarter autrement.

Autre reſtriction tacite, avec laquelle les domaines ont été introduits.

§. CCCX. Pareillement, puiſque dans la communauté primitive, ſi pluſieurs peuvent participer en même temps à l'uſage d'une même choſe, il faut le permettre indifféremment à ceux qui le veulent (§. CLXXXVII.), & puiſque, par l'introduction des domaines, le droit commun n'a pu être aboli & reſtreint, quant à ce qui étoit néceſſaire (§. LXXIV.); il s'enſuit, que *les domaines des choſes n'ont pu s'introduire, qu'avec cette reſtriction tacite, qu'on accorderoit aux autres l'uſage, non-nuiſible au maître, des choſes qui ſeroient dans ſon domaine.* Au reſte, *en vertu de la liberté naturelle, il faut laiſſer au maître à juger, ſi l'uſage, qu'il accorderoit de ſa choſe à un autre, lui ſeroit nuiſible ou non* (§. LXXVIII.); c'eſt-à-dire, s'il peut l'accorder, ſans qu'il en ſouffre quelque dommage, ou quelque incommodité.

Droit d'utilité non-nuiſible.

§. CCCXI. Le droit qui nous appartient à l'uſage non-nuiſible des choſes, qui ſont dans le domaine d'un autre, s'appelle *droit d'utilité non-nuiſible* (*). Il paroît ainſi, que le droit d'utilité non-nuiſible, eſt un droit reſté de la communauté primitive

dement moral, qui devroit décider la queſtion, manque donc ici totalement.

D'ailleurs il paroit par ce que l'Auteur dit dans les §§. ſuivants, que le droit de ſoumettre les choſes à ſon domaine, doit être limité par la néceſſité, dans laquelle les autres peuvent ſe trouver d'en avoir beſoin auſſi. Suppoſons, par exemple, que différents Voyageurs étant obligés de s'arrêter dans un déſert, n'y trouvaſſent qu'une ſeule ſource d'eau. Qui oſera affirmer, que quelques-uns de ces Voyageurs auroient le droit de s'approprier cette ſource, & d'exclure de l'uſage tous les autres; par la raiſon qu'ils en ont beſoin, & qu'ils ont le pouvoir phyſique de s'en ſaiſir? Il en faut dire tout autant de la mer. L'exemple que j'allegue des puits n'en eſt pas un, qu'on doive regarder comme une chimere. GROTIUS remarque, que dans le pays d'Oaſe, en Egypte, les puits étoient communs à pluſieurs, *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L. II. Ch. II.* §. 2. n. 7. *in not.*

§. CCCV. (*s*) Ce que l'Auteur dit à la fin de ce paragraphe, ſert de correctif au principe général qu'il a avancé dans le §. LXXIX. ainſi que nous l'avons remarqué dans cet endroit. Il fonde ce correctif ſur un reſte de la communauté primitive: mais ſuppoſé qu'il n'y ait jamais eu de communauté univerſelle, en ſeroit-il moins vrai, que l'extrême néceſſité change le droit de demander dans celui d'exiger, & de forcer que l'on donne? Notre Auteur avance ici cette maxime, ſans l'avoir prouvée. Je m'en ſuis expliqué dans ma note aux §§. LXXVIII. & LXXIX.

(*) Il nous a paru que l'idée que le mot latin *innoxius* préſente ici, eſt mieux rendue par *non-nuiſible* que par *innocent*, comme le rend Mr. BARBEYRAC dans ſes traductions de GROTIUS & de PUFENDORF; il n'eſt queſtion ici que du dommage, qui peut réſulter pour le maître de l'uſage qu'un autre fait de ſa choſe, & non de l'innocence ou du crime de cet uſage en lui-même. R. d. T.

§. CCCX.

ve (§. cccx. ccc.), & que *c'est un droit imparfait* (§. lxxx. & cccx. à la fin.). (*t*)

Droits particuliers d'utilité non nuisible. §. CCCXII. *Aux droits d'utilité non-nuisible, appartiennent le droit de passage, pour des causes justes, par les terres & les fleuves soumis au domaine, soit pour les personnes, soit pour les marchandises; le droit d'y séjourner pour des causes justes*, comme pour y faire des études, ou pour y rétablir sa santé; *le droit d'habitation pour ceux qui sont chassés de leur demeure, & qui cherchent une retraite, à moins que quelques raisons particulieres ne s'y opposent.* (*u*)

§. CCCX. & CCCXI. (*t*) L'Auteur enseigne dans ces paragraphes, que naturellement on a droit à un usage non-nuisible, de ce qui est dans le domaine d'un autre; mais que ce droit est imparfait, & que c'est à celui qui le possede à juger, s'il veut accorder cet usage ou non: il donne dans le §. cccxii. quelques exemples de cet usage: mais n'en est-il point de ces cas comme des autres, dans lesquels la nécessité, ou le besoin absolu, donnera le droit de contrainte à celui qui demandera cet usage, suivant la doctrine de l'Auteur dans les §§. cccvii. & cccix? La grande question est de fixer à qui appartient le droit de juger de cette nécessité. Souvent elle est assez évidente, comme dans les cas de naufrage, d'incendie & autres de ce genre; mais supposons deux nations en guerre, & que l'une se croit dans l'indispensable nécessité, de s'emparer de quelques places d'un voisin, pour empêcher que son ennemi ne s'en saisisse, & ne fasse par-là des incursions dans son pays, ou n'y porte la guerre directement? Cette idée de sa nécessité lui donnera-t-elle le droit? Supposons que l'une des deux nations juge, qu'elle ne pourra mettre son ennemi à la raison, sans empêcher toute navigation vers les ports & les possessions de son ennemi: cette pensée lui donnera-t-elle le droit d'empêcher la navigation & le commerce des nations neutres avec celle-ci? Il n'y a point de guerre, qu'on ne voie mettre en usage ce droit de nécessité, dès qu'on se trouve avoir des forces suffisantes pour le faire valoir. Combien de fois les Puissances en guerre, ne s'emparent-elles point des places neutres qui sont à leur bienséance, sous le prétexte de la Loi de nécessité. Combien de pays ravagés, de navires pris & confisqués, combien d'hostilités commises, sans autre titre que celui de la nécessité. C'est ici plus que par tout ailleurs, que le conflict de droits & de devoirs, n'admet aucune regle sûre. La moindre circonstance change l'état de la question. Tout dépend d'ailleurs de la connoissance particuliere que chacun a de sa situation. On peut bien enseigner, comme le fait notre Auteur, que l'acte, auquel la nécessité donne droit, doit être l'unique moyen de satisfaire à une obligation indispensable: mais comme c'est toujours celui, qui se trouve dans le cas, qui doit juger si le *moyen est unique*, & l'*obligation indispensable*, la Théorie ne va pas au-delà de la conscience, & ne fixe rien dans la pratique, & la conscience est trop l'amie de l'amour propre, pour qu'on puisse s'y fier. Qui ignore l'étendue qu'on peut donner, & que le plus fort donne ordinairement aux deux principes du Cabinet politique, connus sous *la raison de guerre & le droit de bienséance.*

§. CCCXII. (*u*) Les §§. cccvi. jusqu'au cccix. prouvent, qu'on ne peut s'emparer des choses & les posséder tellement, qu'un autre ne puisse s'en servir dans le cas de nécessité. C'est en vertu de cette Loi de nécessité, que le Chapitre ccv. de l'*Il consolato del Mare* porte, qu'un Capitaine de navire peut prendre & employer les matériaux ou utensiles, qu'il voit sur le rivage, s'il trouve en avoir besoin pour conserver son navire: „ & „ cela a été ainsi fait (dit le Legislateur) afin „ que le Capitaine, pour sauver ou assurer son „ navire, pût prendre des matériaux, sans la „ permission du maître: car (ajoute le Législa- „ teur) si le Capitaine étoit obligé de chercher „ le maître de ces matériaux, le mauvais temps „ pourroit augmenter, de façon à mettre en dan- „ ger toute la charge du Navire, avant que le „ Capitaine n'eut trouvé le maître." Par le Chapitre cv. de l'*Il consolato del Mare* il est statué, „ que les Marchands, qui sont à bord d'un vais- „ seau, doivent vendre de leurs effets, pour „ fournir de l'argent au Maître de navire, si „ d'ailleurs on n'en avoit point & que le Maître „ ne pût en trouver." Le Chap. cclxxiv. donne permission à un Capitaine de navire, qui seroit dans la nécessité d'alléger son vaisseau, de saisir & d'employer pour cet effet des bâtiments, qu'il trouvera à sa portée, s'il ne peut obtenir de secours d'une autre façon: c'est dans le même esprit, que par l'Article cclxxxi. un Capitaine de navire peut faire jetter des effets dans la mer, sans prendre l'avis de l'équipage, en cas d'une subite tempête, & que suivant l'Article cclxxxv. un Capitaine de navire n'est pas comptable du dommage, qui pourroit survenir aux marchandises, si, étant attaqué par un vaisseau ennemi, il se défend; là, où il est responsable du dommage, s'il se se trouve avoir été aggresseur. On peut voir l'application de la Loi de nécessité à plusieurs cas particuliers, que notre Auteur a exposés dans l'endroit de son grand Ouvrage, qu'il indique dans le §. 309.

CHA-

CHAPITRE V.

De la maniere dérivée d'acquérir. (†)

§. CCCXIII. On appelle *maniere dérivée d'acquérir*, celle par laquelle on acquiert le domaine des choses, qui sont déjà dans le domaine. Puisque le maître a le droit de transporter à un autre le domaine de sa chose (§. CCLVII.), & de communiquer à un autre, un droit sur sa chose (§. CCLX.); *il y a* donc *une maniere d'acquérir.* *Maniere dérivée d'acquérir.*

§. CCCXIV. Puisque le maître a droit de disposer à son gré de sa chose (§. CXCV.); *il dépend uniquement de la volonté du maître, de transférer à qui, & quand il lui plaît, son domaine, ou quelque droit qui lui appartient, avec, ou sans exclusion de soi-même, irrévocablement ou non*, c'est-à-dire, de façon qu'il ne puisse pas, ou qu'il puisse exclure l'autre, quand il le trouvera bon, du droit qu'il lui a transféré; il dépend de lui, ou de le transférer *à une personne immédiatement*, ou de l'attacher *à la chose d'autrui*, c'est-à-dire, de façon qu'il appartienne au possesseur quelconque de cette chose; il peut ou le transférer *à une certaine personne, ou à une personne incertaine*, comme dans les choses qu'on jette à qui pourra les attraper; il peut le transférer ou *absolument, ou sous quelque condition que ce soit; à perpétuité, ou pour un certain temps; gratuitement, ou à condition qu'on lui donne, ou qu'on fasse pour lui quelque chose.* *De la maniere de transférer le domaine.*

§. CCCXV. Une *condition* peut être ou *casuelle*, c'est-à-dire, dépendante entiérement du hazard ou de la fortune, ou de la volonté d'un homme qui n'est point soumis à notre droit; ou elle est *arbitraire* *, c'est-à-dire, dépendante de la volonté de celui, à qui il s'agit de transférer un domaine, ou un droit; ou enfin elle est *mixte*, c'est-à-dire, en partie casuelle, & en partie arbitraire. De plus, elle est ou *suspensive*, c'est-à-dire, différant l'accomplissement de l'acte, jusqu'à ce qu'il soit certain qu'elle existe; ou *résolutive*, c'est-à-dire, restreignant la durée de l'acte déja accompli, jusqu'au temps où il est certain qu'elle existe. On appelle condition *négative*, celle qui suppose, qu'une chose n'est pas, n'a pas été, ou ne sera pas. Ainsi la *condition négative existe*, si cette chose n'est pas, n'a pas été, ou n'arrive pas. Il y a aussi des conditions *honteuses*, qui supposent, que vous devez faire une chose defendue par la loi; & des conditions *honnêtes*, qui supposent, que vous devez faire une chose que la loi ne défend pas, ou qui consiste dans quelque action honnête. (*x*) *Diverses espèces de conditions.* * potestativa.

§. CCCXVI.

(†) CHAP. V. Après avoir fait voir dans le Chapitre précédent, comment les choses, qui n'ont point de maître, passent ou peuvent passer dans le domaine de quelqu'un, notre Auteur enseigne dans celui-ci, comment les choses peuvent changer de maître, c'est-à-dire, passer du domaine de l'un dans le domaine d'un autre. C'est la maniere d'acquérir un bien, qui a un maître, que l'on nomme *dérivée*.

§. CCCXV. (*x*) Cette division en conditions *casuelles*, *arbitraires*, & *mixtes* est conforme au Droit Romain. JUSTINIEN l'indique dans la *l. du Code* §. 7. *de cad. toll.* Cependant la distinction n'y paroît pas par-tout également bien marquée. *Si navis ex Asia venerit, si Titius Consul factus fuerit l. 2. & l. 21. ff. de cond. & demonst.* sont des conditions casuelles ainsi que celle-ci: *Si Mævius Capitolium ascenderit. l. 50. eod.* on en trouve plusieurs autres dans la *l. 40. eod.* Ces conditions sont nommées *casuelles*, parce qu'elles dépendent du

De l'acceptation. §. CCCXVI. Puisqu'en vertu de la liberté naturelle, il faut permettre à chacun de suivre son propre jugement dans ses actions (§. LXXVIII.); *si l'on veut transférer un domaine ou un droit à un autre, il dépend uniquement de lui de vouloir l'avoir, ou non.* Ainsi comme on dit, que quelqu'un *accepte*, quand il témoigne suffisamment par ses discours ou par ses actions, qu'il veut qu'on lui donne, ou qu'on fasse pour lui ce qu'un autre témoigne vouloir lui donner, ou faire pour lui; il s'ensuit, que *l'acceptation est requise pour le transport d'un domaine ou d'un droit.*

De ce qui suffit naturellement pour le transport d'un domaine. §. CCCXVII. Il paroît par ce que nous avons dit jusqu'ici, que *naturellement un domaine, ou un droit, est transféré à celui qui l'accepte, par la simple volonté du maître suffisamment déclarée* (§. CCCXIV. CCCXVI.); & comme la maniere de transférer un droit dépend de celui qui le transfére (§. CCCXIV.); *on ne peut pas acquérir par l'acceptation plus de droit, que celui qui le transfére n'en a voulu transferer.* (y)

Comment il faut juger de la volonté d'un autre. §. CCCXVIII. Et puisque nous ne pouvons être instruits de la volonté d'un autre, qu'autant qu'il la déclare suffisamment; *ce qu'un autre témoigne suffisamment par ses paroles, ou de quelqu'autre maniere que ce soit, est regardé comme vrai contre lui.*

En quel cas l'acceptation précede. §. CCCXIX. *L'acceptation précede, si quelqu'un demande qu'un autre lui donne, ou fasse quelque chose, & que celui-ci accorde la demande;* il seroit superflu de répéter l'acceptation, quand l'autre consent à la demande.

§. CCCXX.

du hazard, ou du moins on les considere comme dépendantes du hazard. Voici des exemples de conditions *arbitraires. Si dotem quam ei promisi, neque petierit, neque exegerit l. 7. eod. Titius si statuas in municipio posuerit, heres esto. l.* 14. *eod.* Les *ll.* 40 57. 84. 101. *ff. de cond. & dem.* nous offrent des exemples des *conditions mixtes*; ainsi que la *l.* 13. *ff. de ann. leg.* & la *l.* 34. §. 1. *de stat. lib.* En voici d'une *condition suspensive: filiæ meæ cum nupserit. l.* 15. *ff. eod. Si rationes reddidisset. l.* 50. *ff. de cond. & demonst. Stichus & Pamphilus liberi junto: & si in matrimonium coierint, heres meus his centum dare damnas esto. l.* 31. *eod. Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato: l.* 79. *ff. eod.* La *condition résolutive* se voit dans tous les cas, où il y a institution de Tuteurs, de Curateurs & d'Administrateurs, jusqu'à un certain temps, ou à un certain événement. *l.* 1. *ff. de Curat. furioso.* Cette condition se manifeste encore dans tous les actes de prêt & de louage, par lesquels il est conditionné, que la chose prêtée ou louée sera rendue, en cas de vente, ou de quelqu'autre événement. La *l.* 96. §. 1. *de cond. & dem.* donne un autre exemple d'une condition résolutive. Les Jurisconsultes Romains ont indiqué la condition *négative* par ces expressions: *Si in Capitolium non ascenderit, si Romam non iverit.* En voici deux autres. *Si neque Titio, neque Sejo, neque Mævio nupserit. l.* 63. *ff. de cond. & dem. Si in quinquennio proximo Titio filius natus non erit. l.* 4. *ff. eod.* On trouve des exemples de *conditions deshonnêtes* dans la *l.* 14. *l.* 15. *ff. de cond. inst. l.* 20. *ff. & l.* 64 *de cond. & dem. l.* 27. *ff. ad legem falcid.* & dans plusieurs autres endroits du Droit Romain. Le §. 3. de la *l.* 101. *de cond. & demonst* contient un exemple de la *condition honnête: si cum filio meo in matrimonio perseveraverit.*

Ajoutons à ces exemples une remarque sur ce que notre Auteur avance dans son grand Ouvrage *P.* III. *Ch.* IV. §. 487. Après avoir observé, que la condition *potestative* est remise communement au pouvoir du promissaire, il dit que GROTIUS la remet au promettant. Cela n'est pas exact. Il est bien vrai, que communement la condition potestative est prise dans le Droit Romain pour celle, dont l'accomplissement dépend de celui auquel on a fait un legs, ou qu'on a nommé héritier, ainsi qu'il paroît par ce que dit JUSTINIEN dans la loi du Code que nous avons citée: mais il ne s'ensuit pas de-là, qu'il faille toujours entendre par le mot *potestatif*, ce qui est remis à la volonté du promissaire, & que GROTIUS, en se servant du mot *potestativa*, ait voulu le rendre uniquement relatif au promettant; ainsi que notre Auteur le rapporte peut-être d'après PUFENDORF, qui ne paroît point avoir saisi le véritable sens de l'endroit, dans lequel GROTIUS se sert de ce mot, *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* III. *Ch.* XX. §. 29. Cet illustre Auteur y examine, comment la paix peut-être rompue par la force ouverte, *vis armata*; & sur cela il remarque, que quelques-uns veulent que la paix soit rompue, si quelqu'un des Alliés de celui avec qui le Traité a été conclu, vient à user de force ouverte; il ajoute ensuite, „ j'avoue qu'on peut convenir, si l'on veut, „ que la paix sera rompue, en ce cas-là: non „ que l'un des Alliés soit pour cela proprement „ sujet à être puni du fait de l'autre, mais en-„ for-

§. CCCXX. Puisque le maître a droit de posséder (§. cc.); *le droit de posséder la chose est transféré & acquis avec le domaine;* par conséquent, puisque le domaine ne peut s'exercer sans la possession (§. cc. cxcv.); *en transférant le domaine, on s'oblige aussi à transferer la possession.* C'est pourquoi, l'acte par lequel on transfere la possession s'appellant *délivrance* *, & celui par lequel on acquiert la possession, s'appellant *prise* †, ou prise de possession; il paroît, que *le domaine étant transféré, la chose doit aussi être délivrée ou livrée & prise.* L'on voit encore par-là, que *la délivrance n'est pas requise naturellement pour le transport du domaine.* (*) *De la maniere d'acquérir la possession.*

* *traditio.*
† *apprehensio.*

§. CCCXXI. Puisque le transport de la possession se fait par *la délivrance* (§. cccxx.), celle-ci *consiste dans un acte quelconque, par lequel la chose est réduite en tel état, que celui qui l'a acquise a le pouvoir physique d'en disposer à son gré, ou peut exercer actuellement le domaine* (§. cc. cxcv.). *En quoi consiste la délivrance.*

§. CCCXXII. Il paroît donc, qu'*une chose mobiliaire est livrée, si celui qui transporte le domaine le présente dans sa main, & que l'acceptant la prenne dans la sienne,* ou bien *si le premier dit à celui-ci de l'emporter. Une chose immeuble est livrée, si celui qui transporte le domaine vous dit de la posséder, & souffre que vous exerciez le domaine, ou vous la montre de loin, afin que vous puissiez vous en saisir; ou permet que la chose reste en votre pouvoir, si elle y est déjà, par quelque cause que ce soit; ou déclare par* *Diverses manieres de livrer la chose, & de la prendre.*

„ sorte que la durée de la paix soit censée alors „ dépendre d'une condition, en partie arbitraire „ (*potestative*), & en partie casuelle." Or s'ensuit-il de ce passage, que Grotius rend la condition *potestative* dépendante uniquement du promettant, ainsi que le pensent notre Auteur & Pufendorf? il en résulte uniquement que Grotius a cru, que la condition *potestative* (qui se rend assez mal par *arbitraire*) pouvoit avoir lieu dans un promettant. Mr. Gronovius, dans sa note sur l'endroit de Grotius, dont il s'agit, explique le *partim potestativa, qua caveatur* (dit il) *partim de eo quod in potestate est.* Or il y a bien de la différence d'une chose qui est en notre pouvoir, & d'une chose qui est laissée à notre choix ou à notre volonté.

§. CCCXVII. (y) Ce paragraphe mérite une attention particuliere: le domaine ou tout autre droit se transfere naturellement par la volonté simple, dit notre Auteur; il en indique la raison en citant les §§. cccxiv. & cccxvi. Or ce principe est un des plus importants, pour la décision d'une infinité de cas, dans lesquels le droit civil n'y a point dérogé: & il mérite d'autant plus, qu'on y fasse attention, que bien des Jurisconsultes sont d'opinion, que la seule volonté ne suffit pas pour faire passer le domaine à un autre: d'accord sur cela avec le précepte du Droit Romain. *Traditionibus & usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. l. 20. C. de pact. l. 2. C. de crim. stell. l. 7. ff. de pro empt.* On peut lire sur ce sujet une excellente note de Mr. Otto sur *Pufendorf de off. hom. & civ. L. I. C. XII. §. 14.* dans laquelle ce Savant remarque très-judicieusement, que les Loix civiles exigent la tradition de la chose pour en faire passer le domaine, afin de couper les sujets de contestation, & les fraudes; & qu'elles ne l'exigent pas même dans les cas, où l'intérêt du Commerce demande de la promptitude; suivant la *l. 3. §. 12. ff. de don. inter vir. l. 62. ff. de evict.* On peut aussi voir la note de Mr. Barbeirac sur Grotius *L. II. Ch. VI. §. 1. n. 5.* J'y ajouterai que la vie civile exige non-seulement, qu'on soit maître d'une chose à juste titre, mais aussi que cela soit connu. Le domaine de tout autre droit se transfere, il est vrai, par la seule volonté, mais cette volonté doit être déclarée ou manifestée: cela demande des signes, des paroles, ou des faits. Pour juger si vous êtes maître d'une chose à juste titre, ou si vous avez le droit d'exiger un bien, il ne suffit pas d'alléguer, que vous l'avez acquis par la volonté du maître; il faut prouver aux Juges cette volonté: cette preuve ne peut se donner, que par les faits qui ont manifesté la volonté; or de tous ces faits le plus sensible est la tradition: il n'y a donc rien d'étonnant, que les Romains ayent exigé la tradition, comme une chose nécessaire pour constater l'alienation; & qu'ils n'ayent pas voulu que sans elle, on fût censé avoir acquis à juste titre. Il s'ensuit de ce que l'Auteur enseigne, que toute marque qui manifeste la volonté, doit suffire dans les Tribunaux.

(*) Puisqu'il est déjà transporté par la seule volonté du maître (§. cccxvii.): c'est pour le transport de la possession que la délivrance est requise. R. d. T.

 (*) Dans

par quelque écrit qu'il vous en transfere la possession, & qu'il souffrira que vous exerciez le domaine sur elle; ou vous introduit dans sa chose immeuble pour que vous l'y exerciez, ce qui s'appelle proprement *mettre en possession*. Enfin *il vous livre une chose incorporelle*, ou un droit, en souffrant que vous l'exerciez (CCCXXI.). On voit au reste aisément par-là en combien de manieres différentes, les choses mobiliaires, immeubles & incorporelles peuvent être prises; puisque la *prise* consiste dans l'acte, par lequel on acquiert le pouvoir physique d'exercer, ou le domaine sur une chose corporelle, ou un droit qui nous a été transféré.

De la délivrance faite de main breve. §. CCCXXIII. On dit qu'une *chose* est *livrée de main breve*, lorsque l'acte de la délivrance est censé compris dans quelqu'autre acte, par lequel on fait quelqu'autre chose, appartenante à l'exercice du domaine, comme, par exemple, si celui qui transfere le domaine permet, que la chose reste en propre au pouvoir de celui qui l'accepte, & qui l'avoit déjà en son pouvoir de quelque maniere que ce fût (*). Ce qui est livré de main breve est *pris de main breve* par celui qui l'accepte.

De la délivrance faite de main longue. §. CCCXXIV. Au contraire on dit, qu'une *chose* est *livrée de main longue*, quand la chose à livrer est mise sous vos yeux, afin que vous la preniez, & par conséquent, que vous en acquériez la possession. Et l'on dit qu'une chose est *prise de main longue*, quand elle est livrée de main longue; par exemple, si celui, qui transfere le domaine, montre de loin la chose déterminée qu'il veut vous livrer.

Chose & personne déterminée. * certa. §. CCCXXV. Au reste on appelle *chose déterminée* *, celle qui est suffisamment désignée de quelque façon que ce soit, pour qu'on la puisse distinguer des autres choses qui lui ressemblent. On dit dans le même sens qu'une *personne* est *déterminée*.

De la délivrance symbolique. §. CCCXXVI. On appelle *délivrance symbolique*, celle qui se fait par des symboles; c'est-à-dire, quand au lieu de livrer une chose, on en livre une autre qui la signifie, si, par exemple, on livre les clefs d'une cassette, où sont renfermées les choses qu'on veut livrer. Il est clair, au reste, que, les signes étant arbitraires, la délivrance symbolique peut se faire par quelque chose que ce soit. Les symboles n'ayant d'effet, que par la volonté de celui qui transfere, & de celui qui accepte; *la délivrance symbolique paroît naturellement superflue, sinon autant que la déclaration de la volonté devient plus certaine, au moyen du symbole*; c'est-à-dire, qu'on est plus assuré par-là de ce qui s'est fait. (z)

De la communication du travail. §. CCCXXVII. *Communiquer son travail*, ou sa peine, c'est l'employer à l'usage des autres. Puisqu'après l'introduction des domaines, les actions libres de l'homme qui sont utiles aux autres, & par conséquent, les travaux que l'on fait pour leur utilité, sont équivalents aux choses qui sont dans le domaine (§. CCXXV.); *la communication du travail est équivalente au transport du domaine, &*, par conséquent, *au don* (§. CCLVIII.), ainsi *après l'introduction des domaines, faire & donner reviennent au même*, entant que les faits peuvent être taxés à un certain prix, de meme que les choses.

Prestation, ce que c'est. §. CCCXXVIII. Le mot de *prestation* dans sa signification générale, se dit à la fois de ce qui se donne, & de ce qui se fait; des choses aussi-bien que des actions.

Obligation mutuelle à donner & à faire. §. CCCXXIX. Il paroît suffisamment par le fait, que depuis l'introduction des do-

(*) Dans ce cas l'acte de délivrance est censé compris dans l'acte de permission, qui n'est pas proprement un acte de délivrance, & qui appartient à l'exercice du domaine: en se contentant de livrer ainsi la chose, au lieu de la reprendre en son pouvoir, pour la livrer ensuite formellement, on évite des longueurs, & de-là cette délivrance s'appelle *de main breve*. R. d. T.

§. CCCXXVI.

domaines, perſonne ne peut avoir parſoi-même toutes les choſes requiſes pour la néceſſité, la commodité, & l'agrément de la vie, ni même pour acquérir la perfection de ſon ame, & que chacun n'a pas moins beſoin du travail que des choſes des autres; il paroît encore, que ce beſoin eſt d'autant plus grand, qu'on s'écarte d'avantage de la ſimplicité. C'eſt pourquoi, puisque *les hommes* ſont obligés à joindre leurs forces, pour ſe perfectionner eux-mêmes & perfectionner leur état (§. XLIV.); *depuis l'introduction des domaines* ils *ſont obligés à transférer des domaines, & à ſe communiquer mutuellement des travaux, ou à donner & à faire mutuellement, ſelon que chacun a beſoin de la choſe, ou du travail d'un autre.* Du reſte, comme dans le conflict des devoirs, un devoir envers ſoi-même, l'emporte ſur un devoir envers les autres (§. LXIV.); *perſonne n'eſt tenu de donner à un autre la choſe, dont il a beſoin lui-même, ni obligé de faire, lorsqu'il n'a pas le loiſir.*

§. CCCXXX. Puisque *dans la communauté poſitive*, tous conjointement ſont comme un ſeul maître de la choſe indiviſe (§. CXCVI.); *le domaine ne peut* auſſi *être exercé, que du conſentement commun de tous ceux qui ſont de la communauté* (§. CXCV.); par conſéquent encore, *la choſe ne peut être aliénée, que d'un conſentement commun* (§. CCLVII.). Cependant comme le droit, que chacun a pour ſa portion ſur la choſe indiviſe, eſt propre à chacun, & doit être regardé comme une choſe incorporelle qui eſt dans le domaine (§. CCVI.); *chacun peut diſpoſer à ſon gré du droit qu'il a pour ſa portion ſur la choſe non-diviſée, autant que cela ſe peut faire ſans nuire à la communauté, ou ſans préjudice ou dommage des autres* (§. CCLXIX.). Donc *il peut transférer à un autre, ou aliéner le droit quil a pour ſa portion ſur la choſe indiviſe* (§. CCLVII.), *mais non ſon droit ſur cette partie, pour laquelle il eſt maître, ſéparée du tout.* Car il n'a point de droit ſur une partie ſéparée. (*a*) *De l'aliénation d'une choſe commune.*

§. CCCXXXI. Puisque par la volonté ſuffiſamment déclarée de celui, qui transfere & de celui qui accepte, le droit qui eſt transféré devient le droit de celui qui accepte (§. CCCXVII.), droit qu'on ne peut lui ôter malgré lui (§. C.); *on ne peut redemander ce qu'on a donné, & il n'eſt pas permis à celui qui a transféré un domaine de revenir en arriere.* Mais *ſi une choſe a été donnée ſous une certaine condition*, puisque celui qui accepte ne peut recevoir plus de droit qu'on n'a voulu lui en transférer (§. CCCXVII.); *il faut obſerver la condition, ou la clauſe ajoutée au don.* *Si l'on peut redemander ce qu'on a donné.*

§. CCCXXXII. *Si donc une choſe eſt donnée pour un certain temps, ce temps écoulé, il faut la reſtituer; & ſi on la donne ſous une certaine condition ſuſpenſive, le domaine ne paſſe pas avant que la condition exiſte, quand même la choſe auroit été livrée;* par conſéquent, *ſi c'eſt une condition arbitraire, il faut la remplir, & ſi la condition manque, il faut reſtituer ce qui a été donné* (§. CCCXV.); *ce qu'on doit faire auſſi quand la condition réſolutive exiſte* (ibid.). En effet l'acceptant eſt cenſé s'etre obligé à la reſtitution, & le transférant s'eſt reſervé le droit de reprendre la choſe (§. XCVII.). *Du don pour un temps, & du don conditionnel.*

§. CCCXXXIII. On appelle *précaire*, *un droit* transféré à un autre, qu'on peut révoquer à ſon gré, ou quand on le trouvera bon. Il *n'eſt* donc *pas précaire*, *ſi l'on fixe un certain temps, pendant lequel il ne peut être révoqué;* puisqu'alors il eſt cenſé donné pour un certain temps, avant l'écoulement duquel on ne peut le ré- *Du droit précaire.*

§. CCCXXVI. (*z*) Ces marques ſont néceſſaires pour faire preuve.

§. CCCXXX. (*a*) C'eſt ainſi qu'on diſpoſe de la part qu'on a dans un navire, dans un fonds public, dans un commerce.

répéter ou le redemander (§. CCCXXXII.). *Mais quant au droit précaire, qui peut être révoqué à chaque moment* (§. CCCXVIII.), *l'acceptant est censé s'être obligé envers celui qui le lui a cédé, à le lui restituer, quand il lui plaira de le répéter* (ibid. & §. XCVII.).

Du droit sur une chose. §. CCCXXXIV. On appelle *droit sur une chose*, celui que nous avons sur la chose-même, par conséquent, puisque le droit est une faculté morale d'agir (§. XLVI.), il *consiste dans la faculté morale de disposer à son gré, soit de la chose-même, soit de quelqu'un de ses usages, soit du fruit qu'on en peut recueillir, soit de tout cela à la fois.* C'est pourquoi *le domaine, & le droit à tout acte, appartenant à l'exercice du domaine, sont des droits sur la chose* (§. CXCV.). Il paroît encore, que *la communauté primitive* (§. CLXXXVI.), *le droit communiqué sur la chose d'autrui* (§. CCLX.), *& le droit de possession* (§. CCLXXXVIII. & suiv.) *sont des droits sur la chose.* (*b*)

Du droit à une chose. §. CCCXXXV. On appelle *droit à une chose*, celui que nous avons à ce à quoi un autre s'est engagé ou obligé envers nous. Puis donc que nous avons droit d'obliger un autre à certaines choses pour nous, & que nous acquérons par-là un droit parfait à ces choses (§. CXVII.), & puisque d'ailleurs nous avons vu précédemment, que les hommes s'obligent l'un à l'autre par leur fait à certaines choses, *il peut y avoir un droit, & un droit parfait aux choses.* Et puisque dans le droit naturel on a égard aussi aux devoirs de l'humanité (§. LXI.), auxquels on est obligé imparfaitement (§. LXXX.), *il y a* aussi *un droit imparfait aux choses;* c'est celui qu'a quelqu'un à ce à quoi un autre est obligé imparfaitement envers lui.

Débiteur, dette. §. CCCXXXVI. Celui qui est obligé parfaitement envers nous à quelque chose, s'appelle *débiteur*, & ce à quoi il est obligé s'appelle *dette.* Quoiqu'on appelle dette imparfaite ce à quoi un autre est obligé imparfaitement envers nous, l'on ne donne pas cependant le nom de *débiteur* à celui qui est obligé imparfaitement.

De la remission du droit. §. CCCXXXVII. *Remettre un droit*, ou se relâcher d'un droit, c'est-à-dire, d'un droit à une chose, c'est témoigner suffisamment, que nous ne voulons pas, qu'un autre fasse pour nous ce à quoi il est obligé. On dit aussi dans le même sens *remettre une dette.* Donc *par la remission de votre droit le débiteur est libéré de son obligation, & votre droit s'éteint, sans que personne l'acquiére.* Au reste il évident par soi-même, qu'*on peut aussi remettre une partie d'un droit, si ce qui est dû peut se diviser en parties.*

De la cession d'un droit. §. CCCXXXVIII. Le transport que nous faisons à un autre de notre droit à une chose, s'appelle *cession;* celui qui le transporte s'appelle *cedant;* & celui à qui on le transporte, s'appelle *cessionnaire. La cession se fait* donc *par le consentement mutuel du cédant & du cessionaire* (§. CCCXVII.). Le droit à une chose, étant une chose incorporelle (§. CXXI.), qui est dans le domaine du cédant (§. CCVI.); *la cession peut se faire à l'insu du débiteur, & même malgré lui*, sur-tout, puisque le cessionnaire prenant la place du cédant, *cela ne change rien à l'obligation du débiteur.*

De la répudiation d'un droit. §. CCCXXXIX. *Répudier*, ou refuser *un droit*, c'est témoigner suffisamment, que nous ne voulons pas avoir un droit qui nous est déféré, & l'on dit qu'un *droit* nous est *deféré*, quand on fait dépendre de notre volonté de l'acquérir, ou non. *Celui* donc *qui répudie un droit ne le transfere pas par-là à un autre.*

§. CCCXL.

§. CCCXXXIV. (*b*) On peut voir dans une note de Mr. BARBEYRAC sur PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* IV. *Ch.* IX. §. 8. *n.* 2. que la distinction de droit sur la chose & de droit à la chose a été prise du Droit Canon. Cette distinction ne paroît pas si inutile que quelques Savants

De la renonciation.

§. CCCXL. *Renoncer à son droit*, c'est témoigner suffisamment en faveur d'un autre, qu'on ne veut pas avoir un droit qu'on avoit acquis; & l'on dit, qu'un *droit* nous est *acquis*, quand il nous appartient actuellement. *Celui qui renonce s'engage* donc *envers celui*, *en faveur de qui il renonce*, *à ne pas user de son droit contre lui*, *& celui-ci acquiert le droit de ne pas souffrir qu'il s'en serve* (§. XLVI.); *mais celui qui renonce ne transporte pas son droit sur l'autre.*

De l'abdication.

§. CCCXLI. *Abdiquer son droit*, c'est déclarer de son bon gré, qu'on ne veut plus avoir un droit, qu'on ne peut transporter à un autre, comme, par exemple, si quelqu'un quitte une charge avant le temps.

Si les remissions de droit, cessions, &c. sont permises.

§. CCCXLII. Puisque chacun peut disposer à son gré de son droit (§. CXCV.), comme d'une chose incorporelle (§. CXXI.), qui est dans son domaine (§. CCVI.); *il dépend de la volonté de chacun, de remettre son droit, ou de s'en relâcher, de le céder à un autre, de le répudier, de l'abdiquer, ou d'y renoncer en faveur d'un autre, pourvu qu'il ne se fasse rien qui soit contre le droit d'un tiers* (§. LXXXVI.), comme, par exemple, si la remission se faisoit pour frauder des créanciers.

Des domaines qui naissent du partage des choses communes.

§. CCCXLIII. *Quand on partage une chose commune*, puisqu'alors la communauté cessant, chacun acquiert le domaine sur sa portion, par conséquent un domaine séparé, *il en résulte autant de domaines qu'il y a de personnes*, *& les portions* ne conservant plus aucune relation entr'elles, elles *ne sont plus considérées comme des portions*; c'est-à-dire, que ce qui auparavant étoit commun à plusieurs, devient par le partage des choses propre à chacun.

Du partage d'une chose commune, qui ne peut être divisée.

§. CCCXLIV. *Si la chose commune qu'il s'agit de partager ne peut être divisée, & que chacun de ceux qui sont dans la communauté, veuille l'avoir entiere*, puisqu'alors aucun n'est obligé de ceder à un autre son domaine sur sa portion (§. CCCXLII.), *l'affaire ne peut naturellement être terminée.* Si donc elle doit l'être, *il est nécessaire que, du consentement de ceux qui sont dans la communauté, on détermine une maniere de décider à qui elle sera assignée*, comme, par exemple, si l'on tire au sort pour voir qui l'aura. (*c*)

Si l'on peut contraindre quelqu'un à rester dans la communauté.

§. CCCXLV. Puisque dans la communauté on ne peut disposer en rien de la chose commune, que du consentement de tous (§. CCCXXX.), & qu'afin que les choses puissent se terminer, la volonté du plus grand nombre doit être regardée comme la volonté de tous, il est clair, que dans la communauté chacun n'a pas la faculté de disposer librement de la chose, pour sa portion. Mais puisque, s'il falloit rester malgré soi dans la communauté, cela seroit très-contraire à la liberté naturelle, d'où dépend la faculté, qui est dans le domaine, de disposer librement des choses (§. CXCV.), *personne* aussi *ne peut être contraint de rester malgré lui dans la communauté*, *à moins que le droit commun n'ait été acquis*, *à condition qu'il resteroit commun* (§. CCCXVII.).

vants se l'imaginent. Il y a des droits & des obligations relatifs aux choses, qui rendent cette distinction très-utile.

§. CCCXLIV. (*c*) Le contenu de ce paragraphe nous donne la raison des décisions du Droit Romain, dont nous avons parlé ci-dessus au §. CCXXXI. & suiv.

CHA-

CHAPITRE VI.

Des signes de nos pensées. (†)

De l'usage de la parole. §. CCCXLVI. Nous faisons connoître nos pensées aux autres, ou par des paroles ou par d'autres signes, ou encore par des faits, ou des actions extérieures. *Celui* donc *qui veut que les autres l'entendent, doit se servir des mots dans le sens que l'usage leur attache;* par conséquent *celui qui est obligé à faire connoître sa pensée à un autre, doit attacher aux mots une signification conforme à l'usage.*

De la vérité morale, & du discours vrai. §. CCCXLVII. La conformité des paroles avec nos pensées, s'appelle *vérité morale*, & l'on *parle moralement vrai*, quand on pense en effet ce que l'on dit qu'on pense; un discours moralement vrai, s'appelle simplement parole vraie ou *vérité* *. Il differe de la *vérité logique* qui est la conformité de nos pensées avec l'objet; en sorte qu'une pensée est *logiquement vraie*, si ce que nous pensons qui est, ou qui n'est pas, est ou n'est pas effectivement. Puis donc que la parole vraie ne suppose pas la vérité logique; *la vérité logique ne peut être prouvée par la parole vraie, & si l'on dit ce qu'on croit qui est, quoiqu'il ne soit pas, ou au contraire, on parle moralement vrai, & logiquement faux.*

* veriloquium.

De la fausseté morale. §. CCCXLVIII. Au contraire la disconvenance de nos paroles avec nos pensées, s'appelle *fausseté morale;* l'on *parle moralement faux*, quand on ne pense pas comme on dit qu'on pense, & un discours moralement faux, s'appelle parole fausse, ou simplement *fausseté* *. Il differe donc de la *fausseté logique*, qui est la disconvenance de nos pensées d'avec l'objet, en sorte qu'une pensée est *logiquement fausse*, si ce que nous pensons qui est, n'est pas, & au contraire. C'est pourquoi puisque la parole fausse ne suppose pas la fausseté logique; *si pensant qu'une chose n'est pas, quoiqu'elle soit effectivement, on dit qu'elle est, ou si pensant qu'une chose est, quoiqu'elle ne soit pas, on dit qu'elle n'est pas, on parle moralement faux*, ,, quoique logiquement vrai."

* falsiloquium.

Action sincere, feinte, dissimulation, prétexte. §. CCCXLIX. On appelle *action extérieure sincère*, celle qui s'accorde avec l'action intérieure; la discordance de l'action extérieure, d'avec l'intérieure s'appelle *feinte* ou *semblant* *; & quand on cache une action soit intérieure, soit extérieure, positive ou négative, de quelque façon qu'on la cache, cela s'appelle *dissimulation.* Quand on fait semblant ou qu'on feint d'avoir une intention qu'on n'a pas, cette intention feinte ou simulée s'appelle *prétexte.*

* simulatio.

Ce que c'est que parole vraie, & fausseté. §. CCCL. Il paroît donc, que *la parole vraie est un discours sincere*, & que *la*

(†) CHAP. VI. La matiere, que notre Auteur traite dans ce Chapitre, l'a été par tous les Moralistes; mais aucun d'eux ne l'a exposée avec tant de clarté, de justesse, & de précision. Pour s'en convaincre on n'a qu'à lire le Chapitre de PUFENDORF *du Droit de la Nature & des Gens*, dans lequel cet Ecrivain expose *les devoirs qui concernent l'usage de la Parole*, ainsi que les notes de Mr. BARBEYRAC. C'est le premier Chapitre du IV. Livre.

§. CCCLII. (*d*) Notre Auteur décide dans ce paragraphe une question, qu'on a agitée avec bien de la chaleur, sur laquelle les Savants ne paroissent point encore d'accord, & qui peut servir de preuve, combien il seroit aisé d'éviter les disputes, si, avant que de s'y engager, on prenoit la peine de convenir de quelques principes. Ceux qui sont curieux de lire ce qui a été allégué pour & contre *le mensonge officieux*, peuvent se satisfaire dans les différentes notes qu'on a faites sur l'ouvrage

la parole fausse, ou la fausseté, *est un discours feint*, ou simulé (§. CCCXLVII. CCCXLVIII. CCCXLIX.). Il paroît encore, que *le prétexte est une espèce de fausseté*, comme aussi *l'interruption du discours, faite afin qu'un autre ne découvre pas nos pensées, est une sorte de dissimulation* (§. CCCXLIX.).

§. CCCLI. *Mentir*, c'est parler moralement faux, quand on est obligé à parler vrai, ou à faire connoître ses pensées à un autre. Le *mensonge* est donc une fausseté, contraire à l'obligation où nous sommes de faire connoître nos pensées à quelqu'autre; fausseté par laquelle, par conséquent, on viole le droit d'un autre, né de cette obligation (§. XLVI.). On appelle *réticence*, le silence qu'on garde sur une chose qu'on est obligé à dire; *elle est* donc aussi *contre le droit d'un autre.* *Mensonge, & réticence.*

§. CCCLII. Puisque personne ne peut se dispenser d'une obligation, soit naturelle (§. XLII.), soit contractée (§. C.); *si nous ne pouvons remplir quelque devoir* (§. LVII.), *ou quelque obligation contractée, sans découvrir nos pensées à un autre, nous sommes obligés à parler moralement vrai*, par conséquent, *à dire la vérité* (§. CCCXLVII.). C'est pourquoi *la fausseté & la réticence sont alors illicites* (§. CCCXLVIII. CCCLI.). Il paroît de là, que *tout mensonge est illicite* (§. CCCLI.). D'un autre côté puisque la loi naturelle nous donne droit à ce, sans quoi nous ne pouvons remplir notre obligation (§. XLVI.); *si nous ne pouvons remplir quelque devoir, ou quelque obligation contractée, qu'en cachant nos pensées, ou en parlant moralement faux, l'un & l'autre sont permis* (§. XLIX.), *& alors la fausseté n'est pas un mensonge* (§. CCCLI.). Enfin, puisqu'en vertu de la liberté naturelle il doit être permis à chacun, de suivre son propre jugement dans la détermination de ses actions, pourvu qu'il ne fasse rien qu'il soit obligé envers nous à ne pas faire (§. LXXVIII.), puisque la liberté naturelle ne détruit pas l'obligation naturelle (§. LXXVII.); il s'ensuit que, *si nous ne sommes pas obligés à découvrir nos pensées à un autre, & qu'aucun devoir envers nous-mêmes, ou envers les autres ne l'exige, il est permis de céler la vérité.* (*d*). *De la moralité du discours vrai, du mensonge & de la réticence.*

§. CCCLIII. *User d'équivoque*, ou parler ambigument, c'est se servir d'expressions qui, selon l'usage, sont susceptibles de plusieurs sens; *c'est une imprudence, si vous avez voulu faire connoître vos pensées à un autre* (§. XXI.), *&* par conséquent *il faut l'éviter; mais si vous prévoyez qu'un autre, à qui vous êtes obligé de faire connoître vos sentimens, prendra vos expressions dans un sens différent de ce que vous pensez, & que vous vous proposiez malicieusement* * *ce but* (§. XVII.), *l'équivoque dans le discours est équivalente au mensonge* (§. CCCLI.), *&* par conséquent *illicite* (§. CCCLII.). Il paroît au reste, que *l'équivoque*, ou l'ambiguité *dans le discours est permise dans les cas, où la fausseté est permise* (§. CCCLII.). *Des équivoques.*

* dolose.

§. CCCLIV. *L'allégorie* est un discours formé de mots détournés de leurs sens pro- *Des énigmes.*

vrage de PUFENDORF *de off. hom. & civ. L.* I. *Ch.* X. dans l'ouvrage du *Droit de la Nat. & des Gens*, *L.* IV. *Ch.* I. § 15. du même Auteur, dans le *Droit de la Guerre & de la Paix*, par GROTIUS, *L.* III. *Ch.* I. §. 14. les notes de Mr. BARBEYRAC sur ces deux Auteurs; & les Commentateurs de GROTIUS, en particulier ZIEGLERUS. On peut encore consulter HOCHSTETTERI *Colleg. Pufend.* HUBER *de Jure Civ.* L. II. C. 2. BUDÆUS *Theolog. mor. P.* 2. *C.* 3. & SAURIN *sur le mensonge.* Pour moi je crois la question suffisamment discutée, assez prouvée, & trop simple pour m'y arrêter. La démonstration de notre Auteur suffit. Il la donne avec plus d'étenduë dans son grand Ouvrage, *P.* III. *Ch.* II. §. 170. & le célébre Jurisconsulte NOODT en a fait sentir toute la force, dans un passage de son Traité de *form. & emend. dol.* rapporté par Mr. BARBEYRAC dans la *note* 5. au §. XV. de GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* III. *Ch.* I.

propre, pour en exprimer quelqu'autre, à cause de la ressemblance des choses. Une allégorie obscure, où le sens impropre des mots est lui-même ambigu, s'appelle une *énigme*. *Les énigmes servent* donc *à exercer l'esprit*, puisque l'esprit consiste dans la facilité à saisir les ressemblances des choses; & *selon que l'ambiguité dans le discours est permise ou illicite* (§. CCCLIII.), *les discours énigmatiques sont* aussi *permis ou illicites*.

Des réservations mentales. §. CCCLV. Les *termes exprès*, sont ceux qu'on prononce ou qu'on écrit de façon, que les autres les peuvent entendre: les termes *tacites* sont ceux, que nous réservons dans notre esprit, ensorte qu'il n'y a que nous qui les entendons, c'est-à-dire, que nous nous parlons à nous-mêmes & non aux autres. On appelle *réservation mentale*, un discours moralement vrai, formé de termes en partie exprès, & en partie tacites, desorte que ceux-là font naître une fausse opinion dans l'esprit de ceux qui les entendent, mais que ceux-ci détournent le sens de ceux-là dans un sens contraire & vrai. Ainsi *les réservations mentales ne sont des vérités, qu'à l'égard de celui qui parle* (§. CCCXLVII.); *mais elles sont une fausseté à l'égard de celui à qui le discours s'addresse* (§. CCCXLVIII.), par conséquent, *elles sont équivalentes au mensonge, quand nous sommes obligés à faire connoître nos pensées à un autre* (§. CCCLI.); *& dans le cas, où la fausseté est permise* (§. CCCLII.), *elles sont inutiles*. Au reste il est aisé de concevoir, qu'*il ne faut pas mettre au rang des réservations mentales, un discours où celui, à qui on s'addresse, peut facilement connoître par les termes exprès, ou par le sujet dont il est question, quels sont les termes qu'on réserve dans l'esprit*.

Tromper ce que c'est. §. CCCLVI. On *trompe* quelqu'un, quand, par des paroles ou par des actions, on l'induit à prendre pour vrai ce qui ne l'est pas. Ainsi l'on pouvoit définir la *feinte* un fait, & la *fausseté* un discours, par lequel on se propose de tromper un autre.

Si la crainte d'un danger rend permise la fausseté. §. CCCLVII. Puisque personne ne peut être dispensé d'une obligation naturelle (§. XLII.); il s'ensuit que, *si nous sommes obligés à dire la vérité* (§. CCCLII.), *il n'est pas permis, par la crainte d'un danger, qui menace nous ou les autres, de parler moralement faux, ou ambigument, ou de répondre d'une façon énigmatique; mais cela est permis, si nous ne sommes pas obligés à dire la vérité* (§. CCLXIX.).

Des secrets. §. CCCLVIII. On appelle un *sécret*, ce que nous voulons, ou même que nous devons vouloir que les autres ignorent; & l'on dit qu'on *confie son secret à un autre*, quand on le lui découvre dans l'espérance, ou sous promesse du silence, c'est-à-dire, sous la condition expresse ou tacite, qu'il ne le dira à personne. Et l'on dit, que quelqu'un *trahit un secret* d'un autre, quand il fait connoître aux autres ce qu'on lui a confié. *Si vous n'êtes pressé de confier votre secret à un autre par aucune nécessité*, telle que seroit le besoin de ses conseils, ou de ses soins pour exécuter ce que vous avez résolu, puisqu'il est plus sûr de ne pas les confier, pour qu'il n'y ait point à craindre qu'on le trahisse; *il ne faut pas le confier;* mais *il ne faut jamais trahir ceux qu'on nous confie* (§. CCLXIX.), *sur-tout si nous nous sommes obligés à ne point les trahir* (§. XCVII. c.).

De la moralité de la feinte, de la dissimulation, & du prétexte. §. CCCLIX. Puisqu'en feignant, & en parlant moralement faux, nous nous proposons le même but, savoir qu'un autre conçoive une opinion contraire à ce que nous

§. CCCLXI. (*e*) Il est très-essentiel de faire attention à la définition que notre Auteur donne ici du serment; parce que c'est de la définition du serment, que dépendent les accusations de parjure.

nous penſons (§. CCCXLVIII. CCCXLIX.); *lorſque la fauſſeté eſt permiſe ou illicite, la feinte l'eſt auſſi.* Pareillement, puiſqu'en cachant nos ſentiments & en les diſſimulant, nous nous propoſons une même choſe, ſavoir qu'ils ne ſoient pas connus d'un autre (§. CCCXLIX.), *lorſqu'il eſt permis de cacher nos ſentiments à un autre, la diſſimulation eſt auſſi permiſe.* Puiſque le prétexte eſt une eſpéce de fauſſeté (§. CCCL.); *il faut dire de la moralité du prétexte ce que nous avons dit de la moralité de la fauſſeté* (§. CCCLII.).

§. CCCLX. On appelle *paroles vaines*, celles qu'on profere ſans aucun but, & *actions vaines*, celles qu'on fait auſſi ſans aucun but. Et *faire* une choſe *ſans aucun but*, c'eſt ne regarder en la faiſant ni à ſa propre utilité, ni à celle d'un autre, comme à la fin de celui qui parle ou qui agit. Puiſque les hommes ſont obligés à diriger leurs actions vers leur perfection, & vers celle des autres, & vers celle de leur état, & de joindre leurs forces pour avancer cette perfection (§. XLIII. XLIV.), & puiſqu'il eſt évident en ſoi, que la parole eſt le moyen par lequel ils ſont obligés à ſe manifeſter leurs penſées dans ce but, il faut, non-ſeulement en parlant, mais auſſi en agiſſant, regarder à quelque utilité, ſoit de nous-mêmes, ſoit des autres, utilité dont il faut juger par cette perfection, comme par une derniere fin. De-là il ſuit naturellement, que *les paroles & les actions vaines ſont peu conformes à la loi de la nature, & que* par conſéquent *il ne faut ni dire, ni faire quelque choſe en vain.* La même choſe ſuit auſſi, ſur-tout par rapport aux paroles, de l'obligation où nous ſommes, de déterminer nos actions libres par les mêmes raiſons finales, que les actions naturelles (§. XLIII.). *Des paroles & des actions vaines.*

§. CCCLXI. *Si quelqu'un doute que vous parliez moralement vrai, & qu'il ne puiſſe en être aſſuré; ni par la nature de la choſe dont on parle, ni d'ailleurs, comme, par exemple, par des témoins*, puiſque perſonne ne connoît vos penſées, que vous-même, qui en êtes inſtruit par le ſentiment intérieur, ou par la conſcience, & que Dieu; *la choſe ne peut* alors *être prouvée que par la conſcience, ou en prenant Dieu à témoin.* On appelle *aſſévération* la preuve qu'on donne de la vérité de ſes paroles, en en appellant à ſa conſcience, comme à un témoin; & l'on appelle *ſerment*, ou *jurement*, la preuve qu'on en donne, en appellant Dieu à témoin de la vérité de ce qu'on dit, & en l'invoquant comme vengeur du menſonge & de la perfidie. Au reſte nous expliquerons ci-deſſous ce que c'eſt que perfidie. (*e*) *Ce que c'eſt qu'aſſévération, & ſerment.*

§. CCCLXII. Puiſque celui qui jure doit tenir pour certain qu'il y a un Dieu, que ce Dieu connoît les penſées des hommes, & qu'il punit le menſonge & la perfidie (§. CCCLXI.); *celui qui nie qu'il y ait un Dieu, ou que Dieu connoiſſe les penſées des hommes, ou celui qui penſe que Dieu ſe ſoucie peu des affaires des hommes, ne peut jurer.* *Qui ſont ceux qui ne peuvent jurer.*

§. CCCLXIII. *Si* donc *quelqu'un regarde de faux Dieux, comme le vrai Dieu, & qu'il leur attribue ce que celui qui jure doit tenir pour certain, touchant le vrai Dieu*, puiſqu'à l'égard d'un tel homme c'eſt comme s'il juroit par le vrai Dieu, *il peut jurer par de faux Dieux.* *Si l'on peut jurer par de faux Dieux.*

§. CCCLXIV. Puiſque les paroles ſont des ſignes, qui indiquent ce que nous voulons; *on peut jurer par quelques paroles que ce ſoit, auxquelles on attache un ſens conforme à la nature du ſerment, ſelon la définition, que nous en avons donnée.* D'où il *Des formules de ſerment.*

(*e*). Cet acte qui paroît ſi ſimple, a été, comme bien d'autres, très-mal défini par les Auteurs. En général, les hommes n'ont qu'une idée confuſe de la nature du ſerment: c'eſt-là, ſans doute, la raiſon pourquoi on le voit faire ſi légerement.

(*) Ceci

il paroît encore, qu'*on peut jurer par quelques choses que ce soit.* Mais *ce n'est pas jurer* par ces choses, *c'est seulement affirmer fortement, que de dire, qu'il est aussi sûr qu'on dit la vérité, ou qu'on veut la dire, qu'il est sûr qu'une certaine chose existe, ou qu'il est connu qu'elle nous est très-chère.* Les mêmes mots peuvent aussi avoir la force du serment, ou seulement celle de l'assévération, selon qu'on les prononce, ou parce qu'un autre exige qu'on jure, ou de soi-même. Ainsi, *si quelqu'un, à qui l'on demande de jurer, dit: Dieu m'est témoin, il jure; s'il prononce ces mots sans qu'on le demande, c'est une assévération.* La raison en est que, dans le premier cas, ces mots expriment aussi, qu'on invoque Dieu comme vengeur du mensonge, ou de la perfidie, ce qu'ils n'expriment point dans le second cas (§. CCCLXI.).

Quand on ne jure pas en proferant les paroles d'un serment. §. CCCLXV. *Si quelqu'un de propos non délibéré profere les paroles d'un serment,* c'est-à-dire, auxquelles on attribue d'ordinaire la signification d'un serment, *mais qu'il n'ait pas l'intention de jurer, il ne jure point; mais ces paroles doivent être mises au nombre des paroles vaines* (§. CCCLX.), *en quoi il ne laisse pas de pécher*, puisqu'on doit éviter ces sortes de paroles (ibid.). Il en faut dire autant des paroles auxquelles on attache d'ailleurs le sens d'une assévération.

Quand on jure. §. CCCLXVI. Mais comme, quand quelqu'un est obligé à dire la vérité, on doit tenir pour vrai contre lui ce qu'il dit (§. CCCXVIII.), *si quelqu'un doit jurer, ou veut paroître jurer, & qu'il prononce les paroles d'un serment, il est censé avoir juré.* Autrement il faudroit admettre les réservations mentales, qui sont illicites (§. CCCLV.).

Qu'il faut éviter les assévérations vaines, & les serments vains. §. CCCLXVII. Puisque les assévérations sont vaines, & que les serments sont vains, si celui à qui vous parlez ne doute pas, que vous ne parliez moralement vrai, ou s'il n'importe ni à vous, ni à lui, qu'il le croie (§. CCCLX. CCCLXI.), & puisque les paroles vaines sont illicites (§. CCCLX.), & qu'en particulier les serments vains sont peu conformes au respect dû à Dieu (§. CLXXII.); il s'ensuit que, *si celui à qui vous parlez ne doute pas que vous ne disiez la vérité, ou s'il n'importe ni à vous ni à lui, qu'il le croie ou non, l'as-*

(*) Ceci prévient la fausse conséquence, qu'on tireroit de ce qui a été dit sur la permission de parler faussement, si l'on en concluoit, qu'il est donc permis de jurer faussement. Une fausseté n'est permise, selon les principes de notre Auteur, que quand on n'est pas obligé de dire la vérité; dans les cas où l'on est obligé de la dire, la fausseté devient mensonge & illicite; or le serment nous met dans cette obligation. R. d. T.

§. CCCLXXI. (*f*) Il importe d'observer sur ce paragraphe qu'en faisant serment, c'est-à-dire, en invoquant Dieu comme témoin de la vérité de ce qu'on dit, & comme vengeur du mensonge & de la perfidie, on le fait, ou sur la connoissance que l'on a actuellement d'une chose, ou relativement à des actions futures: lorsqu'on donne témoignage, ou qu'on atteste un fait, on le fait sur une connoissance actuelle: on invoque Dieu comme témoin de la vérité de ce qu'on affirme, & on est parjure si, dans le temps qu'on fait cette invocation, on fait que ce que l'on affirme comme vrai, est faux. Mais est-on *parjure* lorsqu'on ne fait point, ce que par serment on s'est engagé de faire? Il n'y a qu'à réfléchir sur la nature du serment, pour se convaincre, que l'affirmative de cette proposition ne peut pas être adoptée universellement. Que fait-on lorsqu'on promet, sous la foi du serment, de faire ou d'omettre un fait? Prend-on Dieu à témoin, que l'on fera ou que l'on omettra ceci ou cela immanquablement? Qui peut l'affirmer? C'est bien là l'idée du vulgaire: mais est-il possible de prendre Dieu à témoin que l'on ne bronchera point? que l'on sera toujours assez maître de soi-même pour résister à toutes sortes de tentations? que l'on est parvenu à un degré de perfection, assez haut pour être assuré, que ni par mégarde, ni par inadvertance, on ne fera rien qui blesse le serment? L'homme est-il assez sûr de lui-même, pour pouvoir interprêter le serment de cette façon? La fragilité humaine permet-elle cette interprétation? Les circonstances de la vie ne sont-elles pas tou-

tes

l'assévération & le serment sont illicites. De-là il suit encore clairement que, *si l'on croit votre assévération, ou qu'elle suffise, pour qu'on vous croie, il ne faut pas jurer.*

§. CCCLXVIII. Puisque vous avez le droit de vous obliger envers un autre à dire la vérité, s'il importe à vous, ou à quelqu'autre qu'on vous croie (§. XLVII.), & puisque l'invocation de Dieu, comme d'un vengeur du mensonge & de la perfidie, est un motif à dire la vérité, lequel accompagne le serment (§. CCCLXI.); *en jurant, vous vous obligez envers un autre à lui dire la vérité* (§. XXXV.), par conséquent *il n'est pas permis de confirmer par le serment une fausseté d'ailleurs permise* (§. C.). (*) *A quoi s'oblige celui qui jure.*

§. CCCLXIX. Puisqu'en jurant vous vous obligez envers un autre à dire la vérité (§. CCCLXVIII.), qu'ainsi on doit regarder comme vrai contre vous, ce que vous indiquez suffisamment (§. CCCXVIII.), & que, par conséquent, on ne vous peut supposer d'autre intention, que celle qu'expriment vos termes; il s'ensuit, que *le serment exclut toute exception & condition tacite, &* qu'*il n'admet aucune réservation mentale* (§. CCCLV.). *Effet du serment.*

§. CCCLXX. Il paroît par la même raison, que *celui qui jure doit prendre les termes du serment, dans le sens que leur attache celui à qui il jure,* que, par conséquent, *il ne doit pas les détourner de leur signification manifeste dans une autre, en sorte que, parlant faussement selon l'idée de celui à qui il jure, il prétende avoir dit vrai selon sa propre idée.* *En quel sens on doit prendre les termes d'un serment.*

§. CCCLXXI. J'appelle *faux serment* * le serment de celui qui jure qu'il dit vrai, quand il dit faux; & j'appelle *parjure* † la violation du serment, c'est-à-dire, quand on ne fait pas ce qu'on a juré de faire avec intention de le faire en effet, & au contraire. C'est pourquoi, puisqu'en jurant, vous vous obligez à dire la vérité (§. CCCLXVIII.), & qu'en jurant que vous ferez, ou ne ferez pas une chose, vous avez voulu prouver par-là, que vous vous obligez à la faire, ou à ne la pas faire (§. XCVII. CCCLXI.). *Il n'est permis ni de faire un faux serment, ni de se parjurer* (§. C.). (*f*) *Du faux serment, & du parjure.*

* pejeratio.

† perjurium.

§. CCCLXXII.

tes si variables, que mille accidents peuvent empêcher l'accomplissement d'une promesse faite sous serment? Est-il même possible que l'homme, en faisant une promesse sous serment, prenne Dieu à témoin d'autre chose, si ce n'est de la situation, dans laquelle il se trouve de vouloir remplir l'engagement qu'il contracte? Ne pouvant affirmer, qu'il restera toujours dans cette situation; ne pouvant juger, s'il se trouvera toujours dans les circonstances, qui lui permettront de remplir l'engagement, il lui est donc aussi impossible, de prendre Dieu à témoin de la vérité de ce qu'il fera ou ne fera point; & il est en quelque maniere absurde, de donner cette étendue à l'idée du parjure. Sans parler de la coutume des Cardinaux, rapportée par l'Historien du Concile de Trente, ni du serment que fit *David*, d'exterminer la maison de *Nabal*, & de tant d'autres serments faits indiscretement, combien de fois les hommes ne s'engagent-ils pas par un serment, dans la ferme persuasion, qu'ils pourront toujours y satisfaire, que cependant ils se voient ensuite obligés d'y manquer. Les Moralistes & les Jurisconsultes nous en fournissent plusieurs exemples, dont il seroit facile d'augmenter le nombre. Je me bornerai à faire une remarque sur l'usage du serment, c'est qu'il faut soigneusement distinguer, celui qui se fait pour attester la vérité d'un fait, de celui qui se fait pour se lier d'avantage au devoir de remplir un engagement. Dans le premier cas, on est parjure, si l'on affirme une fausseté: dans le second cas on l'est, si de propos délibéré on manque à l'engagement, dans le temps qu'on peut & qu'on doit le remplir: parce qu'on dément, ou qu'on est censé démentir par-là la situation, sur laquelle on a pris Dieu pour témoin, dans le temps qu'on l'invoquoit. Nous ne pouvons juger de la disposition des hommes, que par des actes qui la manifestent: si donc un homme, après avoir fait une promesse sous serment, manque à l'engagement qu'il a pris, on le regarde & on a droit de le regarder comme parjure, non point parce qu'il manque à sa promesse, mais parce qu'on est autorisé à en conclu-

 re,

Du serment écrit. §. CCCLXXII. Comme au reste il est indifférent qu'on prononce les paroles, ou qu'on les écrive, *un serment exprimé par des mots écrits est valide*, par conséquent *on peut jurer à un absent par lettre.*

Du serment sur l'ame d'un autre. §. CCCLXXIII. On dit qu'on *jure sur l'ame d'un autre*, quand on jure au nom, & par l'ordre d'un absent. Puisqu'il est indifférent que vous fassiez une chose par un autre, ou par vous-même, *une autre peut* aussi *jurer sur votre ame.*

De l'adjuration. * *obtestatio.* §. CCCLXXIV. L'*adjuration* * est un acte par lequel quelqu'un sollicite un autre à dire la vérité, ou à faire, ou ne pas faire quelque chose, & cela au nom de Dieu témoin de la vérité de nos paroles, & vengeur du mensonge, & de toute autre action illicite, ou bien par quelque chose, extrémement chere à celui à qui on s'addresse, ou dont il fait très-grand cas. Puis donc que par l'adjuration nous nous proposons d'engager un autre à dire la vérité, ou à faire ou ne pas faire quelque chose, *l'adjuration est permise, quand il importe beaucoup à vous, ou à un autre, que quelqu'un dise la vérité, ou que celui qu'on oblige à faire ou à ne pas faire quelque chose, la fasse ou ne la fasse pas effectivement.* Il est évident qu'il en est de même dans le cas, où vous devez exhorter un autre à faire, ou à ne pas faire quelque chose.

De la protestation. * *contestatio.* CCCLXXV. On appelle *protestation* * une assévération faite, en prenant Dieu à témoin, ou par quelque chose qui nous est extrémement chere, ou d'une grande importance. La protestation appartient donc aux formules d'assévération, qui approchent le plus du serment (§. CCCLXI.).

§. CCCLXXVI.

re, que dans le temps qu'il faisoit le serment, il a pris Dieu à témoin de la vérité d'une situation, dans laquelle cependant il ne se trouvoit point. D'où l'on voit, que ce ne sont pas proprement les actes, contraires à une promesse faite sous serment, qui autorisent l'imputation de parjure, mais la volonté qui se manifeste par ces actes: & de là il s'ensuit, que, si ces actes ne manifestent pas une volonté, contraire à celle que l'on a attestée, en faisant le serment, l'imputation de parjure ne peut avoir lieu; suivant les principes de l'imputation.

Ce que je viens de dire sur la nature du serment, relativement aux actions futures, ne nous autoriseroit-il pas à blâmer cet usage fréquent du serment, qui s'est introduit insensiblement dans les Sociétés civiles. Non seulement on fait faire le serment de fidélité à tous les Sujets; mais il n'y a point d'emploi ou d'office, sur lequel le serment ne soit pas exigé: on l'exige même d'une infinité de particuliers, pour les astreindre d'autant plus à payer les impôts, ou à ne les point frauder. On va plus loin encore: après avoir exigé le serment, pour le cours d'un certain espace de temps, on le tient pour renouvellé après cet espace, sans exiger aucun acte qui le renouvelle. Est-il possible de concevoir l'homme prenant l'Etre suprême à témoin de la situation, dans laquelle il se déclare être, tandis qu'il ne fait aucun acte qui l'atteste? N'est-ce pas là se former des idées singulieres du serment? Cependant il y a des pays, dans lesquels non-seulement, cela est d'usage, mais où l'on intente l'action de parjure contre celui qui, par foiblesse ou inattention, aura commis quelque bévue, contraire à ce qu'on lui a fait promettre, dans un temps où il croyoit pouvoir exactement remplir son engagement. N'est-ce pas là avilir le serment, & priver la Société d'un moyen très-salutaire, pour contenir les hommes dans leur devoir, s'il est restreint dans ses justes bornes? L'expérience ne prouve-t-elle pas, que le serment est le moins respecté dans les pays, où il est le plus en usage. Qu'on aggrave les peines pour prévenir les crimes; mais qu'on n'augmente point les occasions d'en commettre de plus graves. Mr. OTTO dans ses remarques au §. 2. de PUFENDORF *de off. hom. & civ. L.* I. *C.* XI. a raison de dire, que l'on feroit bien d'abolir le *jusjurandum promissorium*, & de punir la perfidie plus rigoureusement.

Enfin si l'on réfléchit que le serment, qui se rapporte à des actions futures, ne peut avoir d'autre objet, que de prendre Dieu à témoin de la situation, dans laquelle on affirme être, on trouvera qu'il est superflu de disputer sur la double obligation, que quelques Auteurs ont cru trouver dans une promesse faite sous serment; & qu'il est également superflu d'agiter la question, si le serment oblige à commettre des actions illicites. Car le serment n'étant autre chose, que l'action de prendre Dieu à témoin de la situation, dans laquelle on se trouve, & d'invoquer sa vengeance, si l'on n'y

§. CCCLXXVI. Puisqu'on fait un faux ferment, en jurant qu'on fera ce qu'on s'oblige à faire, fans avoir cependant intention de le faire, & qu'on n'eft pas parjure, fi l'on vient à changer d'intention & qu'on faffe la chofe (§. CCCLXXI.); *fi celui qui a fait un faux ferment s'en repent, & qu'il faffe ce qu'il avoit juré de faire, il n'eft pas un parjure.* Dans quel cas celui, qui fait un faux ferment, ne devient pas un parjure.

n'y refte point, comment eft-il poffible, que cette action puiffe impofer quelque obligation? Invoquer Dieu comme Vengeur du changement d'une volonté, que fes Loix me défendent d'exécuter, ce que fes Loix m'ordonnent d'abandonner, fur laquelle il me menace de fa vengeance, fi je n'en reviens pas, c'eft l'acte d'un infenfé; & il faut avoir des idées bien extraordinaires des devoirs de l'homme, pour s'imaginer qu'une pareille invocation puiffe impofer quelque obligation. Au refte il faut faire attention à la diftinction, que notre Auteur indique dans ce paragraphe, par rapport aux fens dans lefquels il prend les mots de *Pejeratio* & *Perjurium*.



CHA-

CHAPITRE VII.

De la maniere de s'obliger envers un autre, ou des promesses & des conventions en général. (†)

A quoi nous pouvons nous obliger envers un autre.

§. CCCLXXVII. Puisqu'après l'introduction des domaines, l'homme n'a rien qui soit sien, sinon les choses, soit corporelles, soit incorporelles qui sont dans son domaine (§. CXCV. CCVI.), & puisque les actions utiles aux autres, sont équivalentes aux choses qui sont dans le domaine (§. CCXXV.); *personne* aussi *ne peut s'obliger envers un autre, sinon à donner ou à faire, ou à ne pas faire*, c'est-à-dire, *à quelque prestation* (§. CCLVIII. CCCXXVIII.).

Quel droit est transferé en s'obligeant envers un autre.

§. CCCLXXVIII. Puisqu'il n'est point besoin de s'obliger ou de s'engager, quand on fait la chose sur le champ, & que l'obligation regarde un acte à venir, auquel un autre acquiert un droit parfait (§. XCVII.); *celui qui s'oblige envers un autre à donner ou à faire quelque chose, lui transfere le droit d'exiger la prestation.*

Promesse ce que c'est.

§. CCCLXXIX. On appelle *promesse* cette déclaration de la volonté, que l'on a de faire quelque chose pour quelqu'un, jointe à la translation du droit qu'on lui donne d'exiger qu'on le fasse. Celui qui promet s'appelle le *promettant*, celui à qui l'on promet s'appelle le *promissaire*. (*g*).

§. CCCLXXX.

(†) CHAP. VII. Dans le Chapitre précédent l'Auteur a fait voir, quelles sont les obligations & les devoirs attachés aux actes, par lesquels nous faisons connoître les sentiments de notre ame. Dans ce Chapitre-ci, il en démontre l'application relativement à la maniere de prendre des engagements, considérée en général. Sa marche toujours également simple & précise, est encore ici accompagnée d'une évidence, que l'on chercheroit en vain dans d'autres ouvrages.

§. CCCLXXIX. (*g*) Ce paragraphe ne me paroît pas tout-à-fait clair: & le 361. de la Partie III. Ch. IV. du grand Ouvrage de notre Auteur, où la même proposition est énoncée, ne me l'éclaircit pas. Notre Philosophe exige dans la promesse, que le droit de contrainte soit conféré au promissaire par le promettant. Fort bien: mais comment une promesse doit-elle être faite, pour que le droit de contrainte passe à celui, auquel la promesse se fait. L'obligation sera-t-elle parfaite, si, au lieu de dire *je vous promets*, je me sers de l'expression *je m'engage*? Ou faudra-t-il y ajouter, *si je ne tiens pas parole, je vous donne le droit de m'y contraindre.* Lorsqu'on dit: *comptez sur ma parole*, ces mots changeront-ils *l'obligation imparfaite* en *une obligation parfaite*? Je m'étendrai un peu sur cette matiere au §. CCCLXXXIII.

§. CCCLXXXII. (*h*) Voyez GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* XI. §. 3. PUFENDORF *Droit de la Nat. & des Gens*, *L.* III. *Ch.* V. §. 6.

§. CCCLXXXIII. (*i*) Voyez GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* XI. §. 2. PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* III. *Ch.* V. §. 5.

Selon ce qui est enseigné dans ces paragraphes, on pourroit en conclure, qu'une simple promesse ne tire point à conséquence; qu'on peut changer de sentiment, quand on veut, & sans aucun motif. Ce n'est pas là l'idée de notre Auteur, comme on peut le voir dans son grand Ouvrage, *P.* III. *C.* IV. §. 367. Il n'y a point de promesse, de quelque nature qu'elle soit, qui n'impose quelque obligation; parce qu'en faisant une promesse, on a du moins pour but d'assurer quelqu'un de sa bienveillance, & de faire naitre en lui l'idée, qu'on est bien disposé en sa faveur; qu'on fera ce qu'on a promis, si l'on n'en est pas détourné par de pressants motifs. Ni GROTIUS, ni PUFENDORF, ni leurs Commentateurs ne paroissent pas avoir fait attention à la moralité, qu'exige le changement de volonté, après avoir fait une promesse. Notre Auteur démontre dans son grand Ouvrage, *l. c.* §. 375. & suiv. qu'il ne nous est pas permis de changer de volonté, lorsque la résolution prise ne répugne point à nos devoirs; c'est-à-dire, lorsqu'en changeant de sentiment, nous manquerions à nos devoirs moraux. Mais cela encore ne suffit pas: il faut déterminer dans quels cas un promissaire acquiert sur le promettant le droit de contrainte, c'est-à-dire, le droit d'exiger qu'on remplisse l'engagement. Notre Auteur, com-

§. CCCLXXX. *Le promettant s'oblige* donc *parfaitement envers le promissaire* (§. LXXX. CCCLXXIX.). Et puisque nous ne pouvons être assurés de la volonté d'un autre, s'il ne l'indique suffisamment, & que nous ne pouvons acquérir de quelqu'un un droit, qu'avec sa volonté (§. CCCXIV.): personne aussi ne peut s'obliger envers un autre qu'en promettant (§. CCCLXXIX.). *De la maniere de s'obliger envers un autre.*

§. CCCLXXXI. Puisque dans une promesse on transfere au promissaire le droit d'exiger la prestation promise (§. CCCLXXIX.), & que l'acceptation est requise pour le transport d'un droit (§ CCCXVI.); *une promesse sans acceptation n'est pas valide, & le promissaire n'en acquiert aucun droit.* *De la nécessité de l'acceptation de la promesse.*

§. CCCLXXXII. *Grotius* distingue avec raison la promesse proprement dite, d'avec la *promesse imparfaite* *, par laquelle on declare suffisamment à quelqu'un la volonté où l'on est, de faire quelque chose pour lui, & de persister dans ce dessein, mais sans vouloir lui transférer le droit de l'exiger. C'est pourquoi, *la promesse imparfaite n'acquiert pas à celui, à qui on la fait le droit d'en exiger* l'accomplissement, ou *la prestation* (§. CCCXIV.). (*b*) *De la promesse imparfaite.* * pollicitatio.

§. CCCLXXXIII. Le même Auteur distingue encore avec raison de la promesse proprement dite, & de la promesse imparfaite, la *simple assertion*, par laquelle on déclare suffisamment à quelqu'un, la disposition où l'on est pour l'heure, de faire quelque chose pour lui, mais en se reservant la liberté de changer de sentiment; par conséquent *la simple assertion n'acquiert point à celui, pour qui l'on dit qu'on veut faire quelque chose, le droit d'exiger cette chose* (§. CCCXIV.). (*i*) *De la simple assertion.*

§. CCCLXXXIV.

comme l'on voit, distingue avec GROTIUS, & ceux qui ont suivi ce Jurisconsulte, trois différentes sortes de promesse: la prémiere, une simple ou pure assertion; la seconde, une pareille assertion avec affirmation; la troisieme, une assertion avec le transport du droit d'exiger: mais il me semble, qu'il ne s'agit pas tant ici des différentes sortes d'engagements qu'on peut prendre, que de la nature de l'engagement-même: c'est de la nature de l'acte qu'on a fait, qu'il faut pouvoir déduire, si l'obligation est parfaite ou non. Un homme me demande mille florins en emprunt: je lui dis *je verrai:* cette expression ne dénote aucun engagement: rien sur quoi le demandeur doive compter. Un autre me demande la même chose: je ne lui dis pas *je verrai;* mais *je vous les fournirai dans huit jours.* Cette expression dénote-t-elle un engagement formel, ou un acte qui ne donne aucun droit parfait? Si j'avois répondu, *je vous promets de vous les fournir, comptez là-dessus:* cette expression auroit-elle donné un droit parfait d'exiger l'accomplissement de la promesse? Mille différentes manieres de s'exprimer, pourroient indiquer mille différentes sortes d'engagements; & nous n'en serions pas plus avancés sur le droit de contrainte, à adjuger ou à refuser au promissaire. Pour établir quelque chose de sûr, il faut, ce me semble, considérer le but & l'effet d'une action, & examiner, si un promettant peût donner lieu à l'effet qu'il produit, sans donner le droit de contrainte à celui, sur lequel il produit cet effet. Quand je dis *je verrai, je tâcherai, je ferai mon possible*, ou que je me sers d'expressions équivalentes, je ne dis rien qui doive porter celui, à qui j'adresse ces paroles, à compter sur ce qu'il desire: mais lorsque je dis, *je vous fournirai les mille florins, je serai votre caution, je m'engage à vous assister de telle somme: vous pouvez faire fonds que je vous aiderai à temps* ou que je me serve de semblables expressions: quel en est le but? c'est visiblement de produire dans celui, auquel je les adresse une pleine assurance, que la chose promise sera donnée ou faite: & l'effet naturel en est que celui, en faveur duquel ces paroles sont prononcées, compte sur l'accomplissement de ce qu'elles ont indiqué. Or je demande, si dans l'état de nature on peut avoir le droit d'opérer cet effet sur l'état de quelqu'un, sans que celui-ci ait le droit de contrainte, sur celui qui l'a mis dans cette situation? Celui qui opere un changement dans mon état, de quelque nature qu'il soit, contracte une obligation, dont j'ai droit d'exiger l'accomplissement: on n'a pas plus de droit de me porter à compter sur une assistance ou bienfait, qu'on n'est en droit de m'enlever un bien; parce que la situation dans laquelle je me trouve est un bien, qu'il n'est permis à personne de détériorer. Ainsi donc, pour savoir dans quels cas on a le droit de contrainte contre un promettant, il faut, ce me semble, poser deux regles générales: la premiere, que celui qui a accepté la promesse, a pu l'accepter: la seconde, que

Si l'acceptation y a lieu. §. CCCLXXXIV. Puisque *dans la promesse imparfaite* (§. CCCLXXXII.), & *dans la simple assertion* on ne transfere aucun droit à un autre (§. CCCLXXXIII.), *il n'est besoin d'aucune acceptation, elle est même inutile*, dans l'une & dans l'autre.

Quelles sortes d'actes sont la promesse, la promesse imparfaite, & la simple assertion. §. CCCLXXXV. Puisqu'il dépend de votre volonté de transférer, ou non, quelque droit à un autre (§. CCCXIV.), & par conséquent de lui transférer ou non, le droit d'exiger de vous quelque prestation, c'est-à dire, de lui transférer un droit à la chose (§. CCCXXXV.); *il dépend* aussi *de votre volonté ou de promettre parfaitement, ou de promettre imparfaitement, ou de déclarer simplement quelque chose* (§. CCCLXXIX. CCCLXXXII. CCCLXXXIII.); par conséquent *la promesse proprement dite, la promesse imparfaite, & la simple assertion, sont des actes de pure volonté, &*, par conséquent encore, *personne n'a le droit de vous contraindre à promettre;* & cela étant contraire à la liberté naturelle (§. LXXVII.), *en contraignant quelqu'un à promettre on lui fait une injure* (§. LXXXVII.), *& cela est défendu par la loi naturelle* (§. LXXXVI.).

Du propos délibéré. §. CCCLXXXVI. On appelle *propos délibéré*, l'acte de la volonté qui se porte vers ce qu'on a bien examiné avant que d'agir, pour savoir s'il vaut mieux le faire, ou ne le pas faire, & comment il faut le faire, pour ne rien commettre, qui soit contraire aux devoirs envers soi-même, ou envers les autres. Au contraire on agit de *propos non-délibéré*, quand la volonté se porte à ce qu'on n'a pas assez examiné. C'est pourquoi, puisque personne ne peut être dispensé de l'obligation naturelle, par laquelle nous sommes tenus à quelque devoir que ce soit (§. XLII. LVII.), & chacun devant sur tout écarter de lui tout dommage (§. CCLXIX.), *personne ne doit rien faire, ni rien promettre que de propos délibéré.* Au reste il paroît clairement par la nature de la promesse, que *le promettant doit examiner, s'il n'a point lui-même besoin de la chose qu'il promet de donner, s'il sera de loisir dans le temps où il promet de faire quelque chose, & si, en donnant ou faisant telle chose, il ne manquera point à quelque devoir envers soi-même, ou envers les autres.* Et même, par la raison, pour laquelle nous venons de dire, qu'il ne faut rien faire que de propos délibéré, *on ne doit* non plus *accepter la promesse que de propos délibéré.* Et l'on comprend aisément, que *le promissaire doit examiner, s'il a besoin de ce qu'on lui promet, & si quelqu'autre n'en a pas un plus grand besoin, si le promettant ne peut le donner ou le faire sans s'incommoder, & si, en acceptant, on ne manquera point à quelque devoir envers soi-même, ou envers les autres.*

§. CCCLXXXVII.

que les paroles, par lesquelles la promesse a été faite, ont été telles, qu'elles ont dû porter celui, à qui on les a faites, à compter sur elles. D'où l'on voit, 1. que tout dépend ici de la situation relative du promettant & du promissaire, & des paroles dont le premier s'est servi, en faveur du dernier: 2. que les loix civiles, qui ont astreint la validité des promesses, à des formules ou à des expressions déterminées, ont été faites sur des raisons très-sages; & 3. qu'il s'en faut de beaucoup que le droit civil soit l'unique source de la regle, qu'il ne faut pas donner d'action pour les simples promesses, ainsi que l'affirme Mr. DE BYNCKERSHOEK.

(*) Nous suppléons cette définition, qui paroît avoir été oubliée dans l'original, puisqu'elle est supposée dans la suite. R. d. T.

(†) Cette décision dépend de la différence qu'il y a entre *donner sa foi*, par où l'on ne s'oblige qu'imparfaitement, & *engager sa foi*, par où l'on s'oblige parfaitement, ensorte qu'on transfere le droit d'exiger la prestation ce qu'on ne fait pas dans la promesse imparfaite (§. CCCLXXXII.). R. d. T.

§. CCCXC. (*k*) Il n'y a rien de plus naturel, que de garder la foi donnée, & il n'y a point d'homme plus méprisable, que celui qui manque à ses engagements. Les Auteurs anciens sont remplis de beaux passages, qui expriment cette vérité. D'ailleurs il est évident que, si l'on ôte à la Société la nécessité de satisfaire aux promesses, on lui enleve un des principaux liens, qui servent à unir les hommes & à entretenir la so-

§. CCCLXXXVII. Puisque le propos délibéré n'a pas lieu dans *les furieux*, *pendant que dure leur fureur*, dans *les foux*, dans *les enfants*, dans *ceux qui sont bien yvres*, dans *ceux qui sont en délire*, ni dans *ceux que la vieillesse a rendu imbécilles* (§. CCCLXXXVI.); tous ces gens là *ne peuvent faire de promesses valides* (ibid.). *Quels sont ceux qui peuvent promettre.*

§. CCCLXXXVIII. *Garder*, ou *tenir sa promesse*, c'est donner, ou faire ce qu'on a promis qu'on donneroit, ou qu'on feroit. Puis donc que le promettant s'oblige parfaitement envers le promissaire (§. CCCLXXX.), & que celui-ci acquiert un droit parfait à ce qui lui a été promis (§. XCVII.), droit qu'on ne peut lui ôter malgré lui (§. C.); *il faut garder ses promesses.* *Qu'il faut garder ses promesses.*

§. CCCLXXXIX. On appelle fidélité ou *bonne foi*, ou simplement *foi*, la constance de la volonté déclarée à un autre en paroles, touchant ce que nous voulons donner ou faire. *La bonne foi suppose* donc, *ou qu'on parle moralement vrai, ou qu'ayant parlé moralement faux, on prenne d'autres dispositions, & l'on change en moralement vrai ce qu'on a dit.* Ainsi l'on dit qu'on *donne* sa parole ou *sa foi*, quand on affirme qu'on fera ce qu'on dit qu'on veut faire, & que, par conséquent, on persévérera dans la volonté présente. D'où il suit, que *celui qui fait une promesse imparfaite, donne sa foi à celui à qui il la fait* (§. CCCLXXXII.). On dit qu'on *garde sa foi*, ou qu'on tient sa parole, quand on fait ce qu'on a dit qu'on feroit (*). On dit qu'on *manque* à sa parole ou à *sa foi*, quand on ne fait pas ce qu'on dit qu'on feroit. Enfin on dit qu'on *engage la foi* d'un autre, quand on le met dans l'obligation de garder sa foi. Il paroît donc de-là, qu'*il faut garder sa foi*, & par conséquent, *ne pas y manquer*, & que *celui qui a fait une promesse imparfaite manque à sa foi, s'il ne fait pas ce qu'il a promis.* Il est, au reste, évident, que *celui qui garde ses promesses garde aussi sa foi*, que *celui qui ne les garde pas, manque à sa foi*, & que *celui à qui on promet, engage, en acceptant, la foi de celui qui promet* (§. CCCLXXVIII. CCCLXXIX.). Enfin il n'est pas moins évident, que *celui qui déclare par une simple assertion, qu'il a l'intention de faire quelque chose, ne donne pas sa parole ou sa foi* (§. CCCLXXXIII.), & par conséquent, qu'*il ne manque pas à sa foi, s'il ne fait pas ce qu'il a dit qu'il vouloit faire.* *De la bonne foi.*

§. CCCXC. On appelle un *perfide*, celui qui fait le contraire de ce à quoi il avoit engagé sa foi. *Si donc celui qui a promis, fait le contraire de ce qu'il avoit promis qu'il feroit*, si par exemple, il fait ce qu'il avoit dit qu'il ne feroit pas, *il est un perfide;* mais *celui qui a fait une promesse imparfaite n'est pas un perfide en pareil cas.* (†) (*k*) *De la perfidie.*

§. CCCXCI.

socialité. Malgré cela cependant, cette même équité, qui veut que les engagements pris soient remplis, cette même équité peut-elle souffrir, qu'on profite de la facilité, de la légéreté, de l'inconsidération ou de l'imprudence de ceux, qui se laissent entraîner trop facilement à promettre? n'y a-t-il point autant de vice. à accepter des promesses faites légérement, qu'à y manquer par un simple repentir? l'équité n'exige-t-elle point, que la Loi vienne au secours de ceux, qu'un premier mouvement de bonté pourroit avoir trop fait avancer? C'est sur ces raisons, que GROTIUS dans une Lettre écrite à son frere, & rapportée par Mr. BARBEIRAC dans une note au §. IV. du *Droit de la Guerre & de la Paix*, paroît approuver la prudence des Romains, lorsqu'ils ont prescrit certaines formules aux promesses, pour les rendre obligatoires.

Ce sont ces mêmes raisons, à ce que remarque le celebre Mr. NOODT, C. X. *de pact. & transact.* & l'illustre Mr. DE COCCEJI dans ses notes sur GROTIUS. à l'endroit que je viens de citer, qui ont porté la Législation Romaine, à ne point donner d'action pour l'accomplissement des simples promesses, *pacta nuda.* J'aime à croire, que les hommes n'agissent gueres sans motifs: & en général on en voit toujours de très-sages & de très-justes dans la Législation civile des Romains. Je ne puis donc goûter le sentiment de Mr. le Président de BYNCKERSHOEK, dans son traité de *pactis juris stricti contract. incontinenti adj.* C. I. qui prétend, que si la législation civile de Rome ne

 don-

Des promesses sous une condition malhonnête.

§. CCCXCI. Puisque personne ne peut être exempté d'une obligation naturelle (§. XLII.); *il n'est pas permis de promettre quelque chose sous une condition malhonnête* (§. CCCXV.). Puis donc qu'une pareille promesse n'est pas valide, le promissaire n'en acquiert aucun droit. Par conséquent, *il ne faut pas faire ce qu'on a promis sous une condition malhonnête, quand même elle auroit été remplie.* (*l*)

Des promesses sous une condition impossible.

§. CCCXCII. Puisqu'une condition impossible ne peut exister; il est évident, qu'*une promesse faite sous une condition impossible, est vaine, &* qu'*elle n'est pas conforme à la loi naturelle* (§. CCCLX.). (*m*)

Ce que c'est que promesse conditionnelle, faite pour un certain temps, pure & simple.

§. CCCXCIII. Comme dans la promesse on transfere un droit au promissaire (§. CCCLXXIX.), *le promettant peut promettre, non-seulement sous condition, & sans fixer aucun temps, mais aussi sous quelque condition honnête qu'il lui plaît, & pour un certain jour* (§. CCCXIV.). Une *promesse* faite sous condition s'appelle *conditionnelle;* si l'on fixe un temps, c'est *une promesse faite pour un certain temps;* celle qui se fait sans ajouter aucune condition, & sans fixer de temps, s'appelle *promesse pure & simple.*

De la promesse faite sous condition de l'action malhonnête d'un tiers.

§. CCCXCIV. Comme l'action malhonnête d'un tiers est une condition casuelle, par rapport au promettant & au promissaire, puisqu'elle est absolument indépendante de la volonté de l'un & de l'autre; *une promesse faite sous condition de l'action malhonnête d'un tiers*, n'ayant rien de vicieux en soi, *n'est pas illicite.*

Effet de la promesse faite pour un certain temps.

§. CCCXCV. Puisque celui à qui on promet ne peut acquérir par la promesse, plus de droit que celui qui l'a faite n'a voulu lui transférer (§. CCCXVII.); *ce qui est promis pour un certain temps, est dû d'abord à la vérité, mais ne peut être exigé qu'après le temps écoulé*, ou après *l'échéance.* Il paroît au reste, que la condition que nous savons devoir exister certainement, désignant un temps ou quelque chose, doit se faire, *une promesse faite sous une condition qui existera*

donne point d'action pour le fait des simples promesses, des *pacta nuda*, ce n'a été, que parce qu'on n'a pas eu de formule pour l'intenter: d'où l'illustre Président conclut, qu'il est très-probable qu'il faut chercher, dans l'usage seul, la raison de cette législation. Il y a même, ce me semble, un défaut de logique dans le raisonnement de ce célebre Jurisconsulte. Son raisonnement revient à ceci. ,, Les paroles n'étoient point obligatoires, à moins ,, qu'elles ne fussent conçues en certains termes: ,, ceci ne fut d'abord qu'une coûtume, ensuite cela ,, devint un droit. Or comme il n'y avoit point de ,, formules pour les *nuda pacta*, ce défaut a produit ,, un défaut de droit à leur égard." Ne pourroit-on pas demander à Mr. de BYNCKERSHOEK, s'il est bien à présumer, que la fertilité du génie Romain eut manqué de trouver une formule, en cas que l'action eut été autorisée; & si l'action d'achat & de vente n'a commencé à être autorisée, qu'après que *Manilius* en eut conçu les différentes formules? Quoiqu'il en soit de la raison, qui a pu porter les Romains, à ne point donner d'action pour l'accomplissement de simples promesses, des *pacta nuda*, il me semble, que la prudence civile exige, qu'on ne puisse pas obliger, ou plutôt contraindre tous les promettants à remplir leurs engagements. Ce n'est pas parce qu'il faut laisser quelque chose à la vertu, comme s'exprime le Jurisconsulte CONAAN, dont les raisons ne me paroissent pas si fort à mépriser, comme elles l'ont paru à Mr. de BYNCKERSHOEK, mais parce qu'il y a une infinité de cas, dans lesquels il seroit non-seulement dur de condamner un promettant, mais dans lesquels celui, à qui la promesse auroit été faite, mériteroit plutôt d'être puni pour l'avoir acceptée, que d'en jouïr. Il n'y a donc, à ce qu'il me semble, aucune absurdité dans une Législation, qui exige des marques indubitables pour constater, qu'une promesse a été faite avec connoissance de cause & après une mure réflexion. Les principes les plus simples du droit naturel autorisent même cette législation. Il faut considérer dans l'effet d'une promesse, l'état de celui qui la fait, & l'état de celui qui l'accepte. Si celui-ci accepte une promesse qu'il ne devroit pas accepter, que la bonne foi lui auroit dû faire refuser, par quel principe soutiendra-t-on que l'autre est obligé de la remplir? On me dira, que l'obli-

ſtera certainement, eſt équivalente à une promeſſe faite pour un certain temps (§. CCCXCIII.). Comme au reſte, ſi l'on deſigne un jour qu'on croit qui viendra, quoiqu'il ne doive point venir, (ſi, par exemple, on promet quelque choſe pour le trente & un d'Avril,) le temps qu'on a voulu déſigner étant écoulé, c'eſt la même choſe que ſi le jour étoit venu, puisque cette erreur ne contient pas la raiſon de la promeſſe; il s'enſuit, que *ce qu'on a promis pour un certain temps, qu'on croit qui arrivera, & qui cependant n'arrivera pas, il faut le faire lorsque le jour, que le promettant paroît avoir déſigné, quoique mal, eſt paſſé.* Nous ſuppoſons, qu'on parle ſérieuſement, & qu'il n'eſt point queſtion de plaiſanterie. (*n*)

§. CCCXCVI. Mais comme celui qui promet ſous une condition ſuſpenſive, ne veut être obligé envers le promiſſaire, qu'autant que la condition exiſtera (§. CCCXV.). Il paroît de même (§. CCCXVII.), que *ce qui eſt promis ſous une condition ſuſpenſive, n'eſt dû que lorsque la condition exiſte, & s'il arrive qu'elle n'exiſte pas, la promeſſe s'évanouit.* Puis donc que le promiſſaire n'acquiert de droit à ce qu'on lui promet, que lorsque la condition exiſte; il s'enſuit, que *par une promeſſe conditionnelle le promiſſaire a ſeulement l'eſpérance, que la choſe promiſe lui ſera due, eſpérance qui produira le droit, ſi la condition vient à exiſter.* Puisqu'il eſt incertain, du moins par rapport à nous, ſi cette eſpérance produira le droit ou non, elle eſt comme un droit acquis (§. C.), *on ne peut l'ôter à quelqu'un malgré lui.* La même choſe paroît encore, parce que le promettant s'eſt obligé à reconnoître le droit, que cette eſpérance pourra produire, obligation dont il ne peut ſe diſpenſer ſoi-même (ibid.). Puisqu'une condition arbitraire eſt une condition ſuſpenſive, & qu'elle exiſte lorsqu'on la remplit (§. CCCXV.); *ce qu'on promet ſous une condition arbitraire n'eſt dû que lorsqu'elle a été remplie.* (*o*) *Effet de la promeſſe ſous une condition ſuſpenſive.*

§. CCCXCVII.

bligation de ne pas accepter une promeſſe qu'on devroit refuſer, eſt une obligation imparfaite, & que le devoir de remplir une promeſſe eſt un devoir parfait; puisque ce n'eſt pas à celui qui la fait, à juger ſi l'acceptant a dû ou pu l'accepter: on y ajoutera même, qu'en promettant on a ſuppoſé que celui, à qui on faiſoit la promeſſe, pouvoit l'accepter. Je l'avoue: mais on doit d'un autre côté m'accorder, que tout dépend ici des circonſtances, & de la bonne foi. Si, après avoir pris un engagement, je vois qu'on a abuſé de ma facilité, de ma légéreté, de mon imprudence, n'ai-je pas un droit parfait contre celui, qui a profité du moment pour m'attraper? Il me ſemble, que ſur cette matiere il faut éviter d'un côté que celui, à qui l'on fait une promeſſe, ne ſouffre point de la ſituation, dans laquelle nos paroles l'ont miſe, de la confiance qu'on lui a inſpirée; & d'un autre côté il faut éviter, que celui, qui fait la promeſſe, ne ſouffre point par l'aſcendant qu'on peut avoir ſur ſa bonne volonté. D'où je conclus, qu'il n'y a que les promeſſes faites à ceux, qui ont le droit de les accepter, qui ſoient parfaitement obligatoires; & que les autres reſtent toujours imparfaites: j'en conclus encore, que c'eſt une législation très-ſage, qui preſcrit & limite la façon, dont les engagements doivent être faits, pour donner action au for civil.

§. CCCXCI. (*l*) *Pacta, quæ turpem cauſam continent, non ſunt obſervanda,* dit le Juriſconſulte PAUL *in l.* 27. §. 4. *de pact. Generaliter novimus* (dit ULPIEN *l.* 26. *ff. de verb. obl.*) *turpes ſtipulationes nullius eſſe momenti.* Voyez GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* XI. §§. 8. & 9. PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* III. *Ch.* VIII. §. 6.

§. CCCXCII. (*m*) Voyez PUFENDORF *Droit de la Nat. & des Gens*, *L.* III. *Ch.* VII. §. 1. & *ſuiv.*

§. CCCXCV. (*n*) Ce que notre Auteur enſeigne dans ce paragraphe, eſt énoncé, entr'autres, dans la *l.* 10. *ff. de condict. indeb. l.* 213. *de verb. ſign. l.* 42. 44. §. 1. *l.* 46. *de verb. oblig.* & *l* 9. *ff. de reb. cred.*

§. CCCXCVI (*o*) Voyez PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* III. *Ch.* VIII. §. 4. les notes de BARBEIRAC, & les Auteurs qui y ſont cités.

Effet de la promesse sous une condition résolutive.

§. CCCXCVII. Pareillement puisque celui qui promet sous une condition résolutive, ne veut pas etre obligé plus long-temps, envers le promissaire, à faire ce à quoi il s'est obligé (§. CCCXV.), & que par conséquent cette condition désigne le temps, pendant lequel doit durer le droit de celui à qui on a fait la promesse (§. XCVII.); *ce qu'on a promis sous une condition résolutive cesse d'être dû, lorsqu'elle existe, & le droit de celui à qui on a promis expire.*

Effet d'une promesse pure & simple, & dans quels cas une promesse conditionnelle, ou faite pour un certain temps, devient telle.

§. CCCXCVIII. *Ce qu'on promet purement & simplement est dû, & peut être exigé d'abord;* ce qui paroît par la seule définition de la promesse pure & simple (§. CCCXCIII.): c'est pourquoi, puisque *la promesse faite pour un certai n jour, ou la promesse conditionnelle* ne different plus de la promesse pure & simple, *lorsque le jour est venu, ou que la condition existe* (ibid.), dans l'un ou l'autre cas, la promesse *devient pure & simple.* (*p*).

Des conditions ajoutées à la promesse, lorsqu'il y en a plusieurs.

§. CCCXCIX. *Si l'on ajoute à la promesse plusieurs conditions, qui doivent toutes exister*, puisque le promettant ne veut être obligé, qu'autant qu'elles existeront toutes à la fois, *ce qui a été promis n'est pas dû avant qu'il soit certain qu'elles existent toutes* (§. CCCXVII.). Mais *si on les a jointes séparément*, comme le promettant veut être obligé, quelle que ce soit de ces conditions qui existe; *ce qui a été promis est dû dès qu'une seule existe, quand même toutes les autres ne devroient jamais exister.*

De la promesse personnelle, & du droit personnel.

§. CCCC. *La promesse personnelle*, est celle qui est tellement restreinte à la personne de celui à qui on la fait, qu'on ne veut être obligé qu'envers lui. Or la promesse est attachée à la personne de celui, à qui on la fait ou bien expressément, ou bien tacitement, quand on peut le conclure du sujet de la promesse, ou de quelqu'autre circonstance. On appelle *droit personnel*, celui qui est tellement restreint à la personne de celui à qui il appartient, qu'il ne peut passer à une autre; comme on appelle *personnel* en général, ce qui est tellement attaché à une personne, qu'il ne peut en aucune façon passer d'elle à une autre. Il suit de-là, que *celui, à qui on fait une promesse personnelle, n'en acquiert qu'un droit personnel*, que *le droit personnel s'éteint avec la personne, &* que *la promesse conditionnelle, si elle est personnelle, s'évanouit lorsque le promissaire meurt avant que la condition existe* (§. CCCXCVI.). Il paroît encore que, *si la condition arbitraire est personnelle, elle ne peut être remplie que par le promissaire.*

De la promesse réelle.

§. CCCCI. *La promesse réelle*, est celle qui n'est pas personnelle, c'est-à-dire, dans

§. CCCXCVIII. (*p*) Ce paragraphe répond à ces paroles de la *l.* 213. *ff. de verb. sign. Ubi pure quis stipulatus fuerit, & cessit & venit dies.* Cependant il ne sera pas inutile, de remarquer sur cet axiome du Droit Romain, qu'il suppose des stipulations telles que la Législation Romaine les exigeoit, & qu'ainsi on en fait une fausse application, lorsqu'on s'y fonde dans un pays, où les mêmes formalités ne sont pas requises pour la validité des contracts. Par exemple, quelqu'un achette des marchandises dans une boutique, qui a coûtume de débiter à credit pour l'année courante, sans aucune condition; on demande si le Marchand, après avoir livré la marchandise, peut en exiger tout de suite le payement? Supposons un Marchand qui, dans une correspondance réguliere, achette dans le courant d'une année des marchandises d'un Négociant, qui est dans l'usage de les fournir payables dans le courant de l'année suivante; ce Négociant pourra-t-il, après avoir vendu & livré une quantité de marchandises, en exiger tout de suite le payement, sur la raison, qu'il n'y a eu rien de stipulé par rapport au temps de le faire? Il me semble, que dans ces cas, & dans les cas semblables, il faut avoir égard à l'intention, dans laquelle on doit supposer le Vendeur; & dans laquelle l'Achetteur a pu raisonnablement supposer qu'il fût. Un jeune homme se trouve dans une Université, pour y faire ses études: il achette quelques marchandises: le Marchand les lui livre, sans autre stipulation que le prix: le Marchand peut-il en exiger le payement tout

dans laquelle, en promettant, on regarde plus à la chose qu'à la personne. C'est pourquoi *celui, à qui l'on fait une promesse réelle, en acquiert* non un droit personnel, mais *un droit qui peut passer à un autre* (§. CCCC.). De même aussi *l'espérance d'une dette, fondée sur une promesse conditionnelle réelle* (§. CCCXCVI.), *peut aussi être transférée ou transmise à un autre.*

§. CCCCII. Dans le même sens, qu'on distingue le droit personnel & le droit réel, les *obligations* sont aussi *personnelles* ou *réelles.* Ainsi *les obligations personnelles ne passent pas hors de la personne, & s'éteignent avec elle; les réelles au contraire.* Il faut aussi faire attention a cette différence dans les promesses, selon qu'elles sont personnelles ou réelles. *De l'obligation personnelle & réelle.*

§. CCCCIII. Pour la perfection d'une promesse, il faut une déclaration suffisante de la volonté tant du promettant, que du promissaire (§. CCCLXXIX. CCCLXXXI.). C'est pourquoi, puisqu'on peut déclarer sa volonté à un autre, non-seulement par des paroles prononcées, mais aussi par écrit, ou même encore par le moyen d'un tiers, *ont peut* aussi *faire une promesse par une lettre, & par le moyen d'un tiers,* dans l'un & l'autre cas *à un absent; & un absent peut accepter par lettre ou par le moyen d'un tiers.* (q) *Si l'on peut faire une promesse à un absent.*

§. CCCCIV. On peut aussi promettre quelque chose à un autre pour une certaine fin, c'est-à-dire, afin qu'il fasse quelque chose; alors on dit, que la promesse est *faite sous un mode*, ou qu'elle est *modale*, ou modifiée; & l'on dit, que quelqu'un *remplit le mode* lorsqu'il fait la chose qu'on s'étoit proposé qu'il fît, en faisant quelque chose pour lui; or comme ce qu'on vous a promis pour faire telle chose, on doit vous le tenir avant que vous la fassiez, & qu'en acceptant la promesse, vous avez seulement déclaré, que vous feriez la chose, lorsque le promettant aura fait ce qu'il vous a promis; il suit de-là, que *le promissaire n'est pas tenu de remplir le mode, avant qu'on ait rempli la promesse; mais* que *lorsqu'elle a été remplie, il est obligé à remplir le mode, &, s'il ne le fait pas, à restituer ce qu'il a obtenu en conséquence de la promesse; ce qui doit se faire encore*, comme il est évident, *si le promissaire meurt avant que de remplir le mode, sous lequel on lui a donné quelque chose.* (*) (r) *De la promesse modale.*

§. CCCCV. On appelle *cause de la promesse*, la raison unique pour laquelle on promet quelque chose, qu'on ne promettroit pas sans cela. Puis donc que, si l'erreur a été la cause d'une promesse, la promesse est censée faite à condition, que ce que l'on prend par erreur pour vrai, le soit en effet, par conséquent, *De la promesse de celui qui est dans l'erreur.*

tout de suite? Un Marchand sait, ou doit savoir, que les Jeunes Gens dépendent de leur Pere ou de leurs Tuteurs. Si, en vendant, il n'avertit point, que le payement doive être fait lors de la livraison, ou à un certain terme, il feroit, ce me semble, peu conforme aux idées de l'équité & de la justice, d'en prétendre tout de suite le payement, sous prétexte qu'il n'y a point eu de terme stipulé. Le terme n'a point, à la vérité, été stipulé par paroles: mais il l'a été par le fait: ce terme résulte de la nature du contract, & des situations relatives du Vendeur & de l'Achetteur: & c'est bien dans ces sortes de cas, que l'équité doit venir au secours de la rigueur du droit, suivant ce que le Jurisconsulte PAUL dit *l.* 90. *ff. de div. reg. jur.* Le grand art de la Jurisprudence c'est de savoir démêler dans un fait, la nature de l'acte, & l'ame de ceux qui y ont concouru. C'est là l'*Ars boni & æqui.*

§. CCCCIII. (q) Voyez PUFENDORF *l. c. Ch.* IX.

(*) On voit en quoi le mode differe de la condition suspensive; celle-ci doit exister avant l'accomplissement de la promesse; le mode ne doit être rempli, qu'après que la promesse est remplie: c'est une sorte de condition postérieure; on pourroit l'appeller une condition résolutive négative, dont l'absence annulle l'effet de la promesse. R. d. T.

§. CCCCIV. (r) Voyez PUFENDORF *l. c. Ch.* VIII. §. 8.

quent, la condition, sous laquelle a été faite la promesse, n'existe pas; d'où il s'ensuit qu'*une promesse, dont l'erreur a été la cause, n'est pas valide* (§. CCCXCVI.). Mais *si le promettant a négligé de s'instruire de la vérité, ou n'a pas bien exprimé sa pensée, & que le promissaire en ait souffert quelque dommage*, puisque c'est la faute du promettant (§. XXI.), il doit réparer ce dommage (§. CCLXX.). Par la même raison, *si le promissaire a donné lieu à l'erreur, mais non pas à la promesse, & que le promettant ait souffert quelque dommage de son erreur, il doit être dédommagé, quoique la promesse soit valide.* (*s*)

De la promesse arrachée par force ou par crainte. §. CCCCVI. Puisqu'on fait une injure à celui, qu'on contraint par la violence ou par la crainte à faire quelque promesse (§. CCCLXXXV.), *une promesse arrachée par la violence, ou par la crainte, est défendue par la loi naturelle* (§. LXXXVII.), par conséquent *elle est invalide*. De même qu'une chose qu'un ravisseur a arrachée par violence, ou par crainte, doit être rendue à son maître (§. CCLXIV.), ainsi il ne faut pas tenir une promesse arrachée par violence, ou par crainte. Mais, *si, déterminé par la crainte qu'un autre m'inspire, je vous fais une promesse, à vous qui n'en savez point la raison*; puisque ce n'est pas à vous à juger des raisons pour lesquelles je promets (§. LXXVIII.), il n'y en a aucune pour laquelle ce qui s'est passé entre vous & moi, ne doive pas subsister (§. CCCLXXVIII. CCCLXXXIX.); par conséquent

§. CCCCV. (*s*) „ La question (dit le célebre GROTIUS, *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* XI. §. II.) „ qui regarde les conventions faites par erreur, est assez difficile à décider." Notre Auteur en fournit ici une démonstration simple & évidente. Elle peut servir de principe de solution pour tous les cas, qui peuvent se présenter sur cette matiere, & dont PUFENDORF en examine quelques-uns dans le *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* III. *Ch.* VI. §. 6. *& suiv.*

§. CCCCVI. (*t*) La question si un engagement, auquel on a été porté par un motif de crainte ou de violence, est obligatoire ou non, a été agitée par tous ceux qui ont écrit sur le Droit naturel: aucun, que je sache, ne l'a traitée avec cette précision & cette clarté, que le paroît exiger une matiere, qui, importante par elle-même, le devient encore davantage, par la diversité infinie des circonstances, qui peuvent se trouver dans les différents cas, dont la vie de l'homme est susceptible. La démonstration, par laquelle notre Auteur prouve dans ce paragraphe la négative de la question, semble assez simple & assez claire: mais, outre qu'elle ne me paroît pas tout-à-fait satisfaisante, il est des Lecteurs qui pourroient se trouver arrêtés par les arguments, qu'on emploie pour justifier l'opinion contraire, & souhaiter qu'on leur en exposât les défauts. Il ne sera donc pas inutile d'entrer dans quelque détail, d'examiner les arguments allegués de part & d'autre, & de fixer, s'il est possible, quelque chose de sûr.

L'immortel GROTIUS, dans son *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* XI. §. 7. *n.* 2. prétend qu'une promesse, qui a été extorquée par crainte, est obligatoire, parce que le promettant a consenti, & cela non pas conditionnellement, mais d'une maniere absolue & sans réserve. Il compare une promesse faite par crainte à l'action de ceux, qui, menacés de faire naufrage, jettent leurs effets dans la mer. Il n'est pas nécessaire de s'arrêter long-temps à cet argument de GROTIUS, pour s'appercevoir, qu'il est uniquement fondé sur la vérité, que le Jurisconsulte a cru voir dans cette proposition-ci: *Tout consentement absolu & sans réserve emporte une obligation*: proposition qui n'est pas universellement vraie; qui n'a jamais été démontrée, & dans l'application de laquelle on découvre manifestement une faute de logique. On n'a qu'à y faire une legere attention, pour voir que GROTIUS tombe ici dans un défaut, qui échappe quelquefois aux esprits les plus justes: c'est de prendre pour vraie l'inverse d'une proposition démontrée & avouée. On démontre sur des principes évidents, qu'une promesse, pour être obligatoire, exige le consentement du promettant; & que là, où le consentement manque, la promesse ne peut être obligatoire. De-là cette proposition: *là où il n'y a point de consentement, la promesse n'est pas obligatoire.* Mais s'ensuit-il de là, qu'*une promesse est obligatoire, par la raison qu'il y a un consentement?* Non. Cette derniere proposition suppose, que la validité d'une promesse dépend uniquement du consentement; & que le consentement est l'unique caractere qui rend une promesse obligatoire: or cette supposition est manifestement fausse, puisque les promesses, faites même de plein gré, ne sont pas obligatoires, si elles ont pour but des actions illicites & deshonnêtes, si elles n'ont été fai-

quent *la promesse est valide.* Cependant comme *celui qui m'a inspiré de la crainte*, est cause que je vous ai promis, ce que je n'aurois pas promis sans cela, & puisque par conséquent il m'a causé du dommage malicieusement (§. XVII.), il *est obligé de* le réparer, ou de *me dédommager* (§. CCLXX.). Mais *si c'est vous-même, qui, par le moyen d'un autre, m'inspirez de la crainte, afin que je vous promette quelque chose*, puisqu'alors c'est la même chose, que si vous m'aviez vous-même arraché la promesse par crainte, *la promesse est invalide.* Et puisque *le promissaire ne doit pas accepter la promesse, s'il sait que le promettant est engagé à promettre par la crainte qu'un autre lui inspire*, (car l'acceptation répugneroit à l'obligation, où nous sommes, d'écarter le dommage des autres (§. CCLXIX.), *la promesse* en pareil cas *est invalide.* Joint à cela que le promissaire, approuvant & ratifiant, pour ainsi dire, l'acte par lequel on a inspiré de la crainte, consent à ce que la promesse soit arrachée par violence, en sorte qu'il ne differe gueres de celui qui, pour qu'on lui promette quelque chose, inspire de la crainte par l'entremise d'un tiers. (*t*)

§. CCCCVII.

faites de propos délibéré, s'il y a des raisons pourquoi le promettant n'auroit pas dû les faire, ni le promissaire dû les accepter. Et cela suffit pour faire voir, qu'en prouvant qu'il y a eu un consentement absolu & sans réserve de la part du promettant, on ne prouve point encore, que la promesse est obligatoire.

Mr. HENRY DE COCCEJI, dans ses Commentaires sur l'endroit de GROTIUS, que je viens de citer, prétend suppléer à ce qui manque à la démonstration de GROTIUS. *La force compulsive*, dit-il, *n'ôte point la volonté, mais seulement la liberté d'agir autrement qu'on ne fait.* On voit bien par les raisonnements, dont cet illustre Ecrivain se sert en cet endroit, qu'il n'a pas fait une étude particuliere de la métaphysique : il seroit assez inutile de relever tous les défauts de ses arguments, & d'ailleurs cela meneroit trop loin. Tenons-nous uniquement au principe, sur lequel il croit pouvoir établir son opinion, & nous verrons qu'il commet la même faute que nous venons d'indiquer dans le raisonnement de GROTIUS. Celui de COCCEJI n'en differe point pour le fond. „ La crainte (dit-il) ou la force „ compulsive, n'ôte point la volonté, mais seu„ lement la liberté d'agir: donc une promesse „ faite par crainte est obligatoire." Mr. COCCEJI suppose donc manifestement, que la validité d'une promesse dépend uniquement de l'usage ou du défaut de l'usage de la volonté: or quoiqu'il soit vrai, qu'une promesse, pour être valide, exige l'usage de la volonté, il n'en résulte point, que par-tout, où il y a usage de la volonté, une promesse soit valide. L'un n'emporte pas l'autre. L'argument de COCCEJI n'auroit tout au plus de force, que contre ceux, qui fondent la validité des promesses uniquement sur la pleine liberté, que le promettant a de les faire, ou de ne les point faire; & peut-être ce Jurisconsulte ne s'en est-il servi, que pour réfuter cette opinion. Quoiqu'il en soit, les remarques que je viens de faire prouvent, ce me semble, assez évidemment, qu'en bonne logique on ne peut admettre les arguments, dont on se sert pour démontrer la validité de toute promesse forcée : car je n'en connois point, qui ne puissent être ramenés aux deux que je viens d'examiner. Cependant, ni GROTIUS, ni COCCEJI, ni les autres Jurisconsultes, qui marchent sur leurs traces, ne paroissent pas avoir remarqué ce défaut, quoiqu'ils aient senti l'iniquité de l'opinion qu'ils adoptoient. Se persuadant, qu'une promesse est obligatoire, dès qu'il y a un consentement absolu, ou que la volonté s'y est portée, & concevant d'un autre côté, qu'il n'est pas juste, qu'il y auroit même de l'iniquité de faire porter à celui, qui auroit fait une pareille promesse, le dommage qui en résulteroit pour lui, s'il la remplissoit; & non moins d'iniquité, à faire jouïr de l'effet d'une promesse extorquée, celui, qui se la feroit fait donner par crainte, ils ont imaginé dans cette affaire deux différents actes: le premier, qui comprend d'une part le droit d'exiger l'accomplissement de la promesse, & de l'autre part l'obligation d'y satisfaire: le second, qui comprend d'une part le droit d'exiger la réparation du dommage, & de l'autre l'obligation d'y satisfaire: de-là ils ont conclu, que celui, qui par crainte a été porté à faire une promesse, doit premiérement remplir son engagement; & qu'après l'avoir rempli, il peut exiger la réparation du dommage. N'en déplaise à Mr. COCCEJI, qui prétend que ce milieu est conforme, tant au Droit Naturel, qu'au Droit Romain, ce détour, sur lequel Mr. OTTO & Mr.

Mr. BARBEIRAC se sont très-bien expliqués, ne s'accorde nullement avec la simplicité du Droit Naturel, ni même avec l'exactitude du Droit Romain.

Pour peu qu'on y refléchisse on s'apperçoit aisément, que la question, de la façon qu'on l'énonce, est trop générale & par-là aussi indéterminée, & conséquemment point susceptible de solution: c'est à quoi on ne paroît pas avoir fait attention. En effet, pour pouvoir y répondre, il faut distinguer 1. la cause ou l'auteur de la crainte; 2. à qui la promesse a été faite; 3. si celui, qui a fait naître la crainte, en a eu le droit; & en ce cas encore, il faut considérer soigneusement, si la crainte a été inspirée par celui, à qui la promesse a été faite, ou par un autre; & si celui, qui a fait naître la crainte, a eu quelqu'autorité sur le promettant ou non. Il faut avoir encore égard, si dans ce dernier cas, la promesse a eu pour objet quelque devoir, auquel le promettant eut été tenu malgré cela; ou bien une chose purement licite ou indifférente. Discutons ceci point à point; & pour y procéder avec exactitude, remontons aux premieres notions de la promesse: la source de nos erreurs, comme celle des disputes, git dans le peu de soin qu'on a de définir les objets dont on traitte. Tous les jours on parle de promettre & de promesse: on se contente de l'idée confuse que l'on s'en fait: on n'imagine pas seulement, qu'il soit besoin d'en donner une définition.

En refléchissant à ce qui se passe dans une personne, lorsqu'elle fait une promesse; on trouvera que la promesse est un acte, par lequel on déclare vouloir s'acquiter d'une chose envers un autre, fait de façon, qu'on donne en même temps à celui-ci le droit d'exiger, qu'on s'en acquite: c'est aussi-là l'idée que notre Auteur en donne par sa définition §. CCCLXXIX. Dans la note au §. CCCLXXXIII. j'ai fait voir que ce droit se transfere par-là, qu'on donne lieu à un promissaire de se persuader, que ce qu'on déclare vouloir faire, sera fait réellement. Quel est donc le principe qui rend la promesse obligatoire? C'est qu'il a dépendu du promettant de la faire ou de ne la point faire, ou qu'on a eu le droit de l'y contraindre; & qu'il a pareillement dépendu du promissaire de l'accepter ou de ne la point accepter; ou qu'on a eu le droit de l'y contraindre. Qu'il doit avoir dépendu du promettant, de faire ou de ne point faire la promesse, & du promissaire, de l'accepter ou de ne la point accepter, cela se prouve, ou cela a déjà été prouvé par ce que l'Auteur a enseigné §§. CCCXIV. CCCLXXXV. & CCCLXXXVI. Et il est prouvé par les définitions de l'obligation & du droit, que tout acte que quelqu'un fait, en conséquence d'un droit que l'on a de nous y contraindre, est obligatoire. Voyez §§. XLVI. L LI. XCVII. XCVIII. &c. Ainsi toute promesse, dans laquelle on trouvera les caracteres ci-dessus marqués, sera obligatoire; & elle ne le sera point, dès que l'un de ces caracteres y manquera.

Ces fondements posés il ne sera plus difficile de résoudre toutes les questions, relatives aux promesses faites par un motif de crainte. Qu'il me soit permis de demander d'abord à ceux qui prétendent, qu'une promesse, faite par un motif de crainte ou de violence, est obligatoire, même envers celui qui, sans aucun titre, s'est porté à l'extorquer du promettant, s'il est concevable, qu'une action illicite puisse donner droit à celui qui la commet vis-à-vis de celui, contre qui il la commet? C'est, si je ne me trompe, une regle générale, qu'une action moralement vicieuse, ne peut jamais être profitable à celui qui la commet: sur quel fondement prétendroit-on faire ici une exception à cette regle? Qu'il me soit permis de demander en second lieu, s'il n'est pas vrai, qu'une promesse, pour être obligatoire, doit avoir été acceptée? Mr. DE COCCEJI en convient, & GROTIUS l'enseigne au §. 14. de l'endroit que j'ai cité. Or sur quel fondement soutiendra-t-on, que celui qui contraint un autre, soit par menaces, soit par violence, de lui faire une promesse, ait jamais pu l'accepter? Il l'a fait, me dira-t-on; mais il n'est pas question, lorsqu'il faut déterminer les droits & les obligations, de ce qui a été fait, mais de ce qui a pu se faire moralement.

Comparons à la définition de la promesse, la situation d'un promettant, qui fait une promesse forcée à celui qui, sans aucun titre, l'y engage par des menaces; & en même temps, la situation de celui-ci. Dépend-il de celui qu'on porte, par des menaces ou par quelque violence, à faire une promesse, à faire ou à omettre cet acte? Dépend-il de celui, qui use de menaces, de l'accepter ou de ne la point accepter? Surement on ne trouve pas dans cette déclaration de volonté le *propos delibéré*, dont parle notre Auteur au §. CCCLXXXV: & quoique Mr. DE COCCEJI prétende, qu'on agisse volontairement dans ces sortes de cas, personne ne dira, qu'il ait dépendu du promettant de faire ou de ne point faire la promesse: le mot *dépendre* suppose une détermination de la volonté, faite sur des motifs, qui nonseulement soient à notre disposition; mais qui de plus soient moralement bons: & ce mot emporte encore, que l'objet de notre promesse soit moralement à notre disposition. Or lorsque quelqu'un fait une promesse, y étant porté par une crainte, que lui inspirent les menaces ou la violence de celui à qui il la fait; les motifs qui l'engagent à cet acte, ne sont pas sûrement moralement bons; l'objet de la promesse n'est pas non plus moralement à la disposition du promettant: le promettant ne peut pas légitimement faire un acte, par lequel, en se faisant tort à lui-même, il concourt à donner force à de mauvais procédés. Comment donc le promettant auroit-il pu conférer ou transférer au promissaire, le droit d'exiger

ger l'accompliſſement de la promeſſe? & ſuppoſé que cela eut pu ſe faire, comment le promiſſaire a-t-il pu accepter ce droit? Comment un acte, moralement vicieux, peut-il mettre celui qui le fait, dans la ſituation avantageuſe d'en pouvoir profiter? Peut-on jamais, (que l'on pouſſe l'abſtraction auſſi loin qu'on voudra) peut-on ôter à celui qui uſe de violence ou de menaces, pour vous arracher une promeſſe par la crainte, l'impoſſibilité morale d'accepter? Cette impoſſibilité ſuit l'acte, qui donneroit le droit, comme l'ombre ſuit le corps. Or ſi l'on ne peut détacher cette impoſſibilité de l'acte vicieux, de celui qui ſe fait donner une promeſſe de cette façon; comment & ſur quel principe lui adjugera-t-on le droit, de pouvoir en exiger l'accompliſſement? Et ſi on ne peut lui adjuger ce droit, que deviendra de l'autre côté l'obligation?

Ce n'eſt pas tout. Celui qui vous enleve quelque bien, de quelque peu de valeur qu'il ſoit, doit vous le rendre: on eſt d'accord ſur cela. Celui donc, qui auroit accepté une choſe promiſe, devroit la rendre: le droit d'accepter & l'obligation de rendre, ſe trouveroient ainſi à la fois & en même temps dans le même ſujet: *quod eſt abſurdum*, diroit un Geometre. Il y a plus. Celui qui, par des menaces ou quelque acte de violence, vous arrache une promeſſe, nuit à votre liberté: il doit donc vous rétablir dans cette liberté: & qu'eſt-ce que ce rétabliſſement? la faculté de ne point faire ce qu'on vous a engagé de promettre: c'eſt-à-dire, la reſtitution du droit d'exiger, que vous auriez transféré au promiſſaire.

On voit que les démonſtrations, dont je viens de me ſervir, ſont différentes de celle de notre Auteur. Il déduit le droit de ne pas remplir une promeſſe, extorquée de force ou par crainte, du tort que celui, qui uſe de ces voies, fait à celui qui promet: la démonſtration eſt bonne, dans un certain ſens; mais pour éviter la réponſe ordinaire de ceux qui prétendent, que la promeſſe doit être remplie, & qu'on peut ſe faire réparer le tort qu'on a ſouffert, je n'ai pas voulu m'en ſervir. D'ailleurs j'ai été bien aiſe de montrer, que cette vérité peut être déduite immédiatement de la nature & de l'eſſence de l'acte, que l'on nomme promeſſe, & qu'on peut la démontrer de différentes manieres.

Il eſt donc, ſuivant moi, inconteſtablement prouvé, qu'une promeſſe faite à quelqu'un, qui vous y a porté par des menaces ou par un acte de violence, ſans aucun titre de pouvoir ſe ſervir de ces moyens, n'eſt point obligatoire, relativement à lui. Mais ſi quelqu'un a eu le droit de ſe ſervir de ces moyens: *Cajus*, par exemple, s'eſt porté ſur les terres de *Sempronius*, y cauſe des dégats. *Sempronius* le pourſuit, l'atteint, l'amene chez lui, & veut être indemniſé. *Cajus* eſt hors d'état d'y ſatisfaire. *Sempronius* uſe de menaces. *Cajus*, craignant les effets de ces menaces, promet à *Sempronius* de lui payer mille écus dans ſix mois, pour tout dédommagement. La promeſſe eſt-elle obligatoire? Oui. *Cajus* doit ſe l'imputer à lui-même, s'il a mis *Sempronius* dans le cas de pouvoir exiger cette promeſſe; & de le forcer à la donner. *Sempronius* n'étoit pas obligé de le laiſſer aller ſans être dédommagé, ou ſans régler le dédommagement, avec une ſûreté convenable de l'obtenir. Ne voulant pas remplir de bon gré ce devoir naturel, *Sempronius* avoit le droit de l'y contraindre; la preuve s'en trouve aux §§. LXXXIX. XCIII. XCVII. & c. *Sempronius* a pu accepter la promeſſe, il peut la faire valoir §. CCCLXXXV.

C'eſt par les mêmes raiſons, qu'on démontre la validité d'une promeſſe, faite ſur les menaces de quelqu'un, de l'autorité duquel on dépend; ainſi que PUFENDORF l'enſeigne au *Liv.* I. *Ch.* IX. §. 15. *de Off. hom. & civ.* Un Prince, un Magiſtrat a droit ſur notre volonté; il a droit d'uſer de menaces; mais à cet égard il faut bien être attentif aux paroles d'ULPIEN, *l.* 3. §. 1. *quod metus cauſa*, lorſqu'il ne veut pas, qu'une violence, exercée par le Magiſtrat, ſoit regardée comme un juſte motif de crainte, *non eam quam Magiſtratus recte intulit, ſcilicet jure licito, & jure honoris, quem ſuſtinet.* Dès qu'un Magiſtrat force un citoyen, un Pere ſon enfant, un Prince ſon ſujet à faire une promeſſe injuſte, elle ne peut être obligatoire, parce qu'il ne ſuffit pas, que nous ſoyons ſous l'autorité de celui, qui nous engage à faire la promeſſe; il faut que celui, ſous l'autorité duquel nous ſommes, ait eu droit de nous contraindre à la promeſſe qu'il a exigée, & que de l'autre côté on ait eu droit de l'accepter, ou qu'on ait pu l'accepter. PUFENDORF au §. 11. du *Droit de la Nature & des Gens*, allegue l'exemple d'un Prince, qui, envoyant des troupes au ſecours d'un autre Prince, obligeroit les ſoldats à prêter ferment de fidélité à ce Prince étranger. Je doute que l'exemple ſoit bien choiſi: celui qu'il allegue en ſecond lieu ne l'eſt du moins pas, comme je le ferai voir plus bas. Au reſte il eſt aiſé de remarquer, que, le droit du Magiſtrat reconnu, il eſt indifférent que la promeſſe regarde le Magiſtrat directement, comme le feroit celle de retracter un mot laché contre le Magiſtrat, ou bien un tiers, comme dans l'exemple allégué par PUFENDORF, ou dans celui que Mr. OTTO rapporte dans la note au §. 15. *de Off. hom. & civ.*

Il n'en eſt pas de même lorſque celui, qui nous a forcé à faire une promeſſe, n'a eu aucun droit ſur nous. En ce cas il faut diſtinguer, ſi la promeſſe eſt faite à celui qui nous y force, ou à un tiers. J'ai prouvé ci-deſſus, qu'elle n'eſt pas obligatoire, étant faite à celui qui nous y a engagés. Examinons ſi elle eſt obligatoire, ayant été faite à un tiers, & que ce tiers ne ſoit pas ignorant du motif qui la fait faire, quoiqu'il n'ait pas concouru à nous y forcer. PUFENDORF, à l'endroit

V 2 cité,

cité, propose & décide la question en ces termes. „ Lorsqu'on s'est engagé à quelque chose envers „ une personne, pour se garantir d'un mal fâ-„ cheux, dont on étoit menacé de la part d'un „ tiers, sans que celui-ci fût sollicité par l'au-„ tre, ou qu'il y eût entr'eux de la collusion; „ *l'engagement est valide sans contredit.* En effet „ celui, à qui l'on s'est engagé en ce cas-là, n'a „ rien qui le rende incapable d'acquérir quelque „ droit par rapport à nous." C'est ainsi que Pufendorf raisonne: mais ce raisonnement-même prouve, qu'il est très à souhaiter qu'on débarasse une bonne fois, la morale & le droit de cette maniere vague de raisonner, qui, n'appuyant sur aucun principe, ne laisse dans l'esprit, que des impressions aussi faciles à effacer, qu'il a été facile de les faire. Par quel principe est-il prouvé, *que celui, auquel on s'est engagé en ce cas-là, n'a rien qui le rende incapable d'acquérir quelque droit, par rapport à nous*; & par quelle regle de logique est-il permis, de prendre pour équivalent: *acquérir quelque droit, & acquérir le droit parfait à une promesse.* C'est de la nature de l'acte, qui constitue la promesse, dont il faut déduire, si l'engagement est valide ou non: car si elle répugne aux devoirs naturels, que le promissaire doit au promettant, il sera incapable de l'accepter, comme on peut le voir par ce que notre Auteur enseigne sur la fin du §. cccxcv. Le raisonnement de Pufendorf suppose d'ailleurs, qu'il ne peut y avoir de cas, où celui, auquel on auroit fait une promesse pour se garantir d'un mal fâcheux, dont on étoit menacé de la part d'un tiers, seroit incapable de l'accepter: il est aisé de se convaincre du contraire. Un homme attaqué par deux voleurs, voit un passant & criant à l'aide, promet mille louïs s'il vient à son secours & le dégage. Le passant accourt & le dégage. La promesse est-elle obligatoire ou ne l'est-elle point? Pufendorf affirme que si: mais voyons. D'abord il n'est pas question, si celui, qui a donné quelque secours, a pu *acquérir quelque droit par-là?* si celui, qui a reçu du secours, est tenu de reconnoître ce service? seconde raison, dont Pufendorf fait usage pour prouver l'affirmative: on l'accorde. Mais dans le cas proposé la question est proprement de décider, si effectivement ce droit, qu'on a acquis sur le promettant, a été déterminé par la promesse à mille louïs? ou bien en d'autres termes, si, par la promesse faite, le promissaire a acquis le droit d'exiger mille louïs du promettant? Examinons ce cas sur les caracteres, qu'exige la promesse pour être valide. Afin qu'elle le soit, il faut de la part du promettant, qu'il ait dépendu de lui de la faire ou de ne la point faire, ou qu'on ait eu droit de l'y contraindre. Le cas présent ne suppose point un droit de contrainte: reste donc à considérer du côté du promettant, s'il a dépendu de lui de faire la promesse ou de ne la point faire; & du côté du promissaire, par la même raison, s'il a dépendu de lui de l'accepter ou de ne la point accepter. Pour qu'on puisse dire, que la promesse ait dépendu du promettant, & qu'il ait dépendu du promissaire de l'accepter, il faut qu'il y ait eu, dans l'un & l'autre, l'usage de la volonté, qui laisse un choix de moyens, ou un choix de déterminations; & que ces moyens, ces déterminations, n'aient rien d'illicite ou de contraire à nos devoirs. Si maintenant l'on considere la situation d'un homme, attaqué par deux voleurs, faisant la promesse, dont il est ici question, il est évident, que la situation dans laquelle il se trouve, ne lui ôte point la faculté de faire une promesse ou de ne la point faire: il n'y a aussi aucun vice moral dans l'acte de promettre, puisque cet acte énonce seulement la volonté, de vouloir remplir le devoir naturel de récompenser celui, dont on reçoit du secours; il n'y a non plus rien qui puisse empêcher le promissaire d'accepter la promesse: mais quoiqu'il soit vrai, qu'il ait dépendu du promettant de faire ou de ne point faire la promesse, considerée en général; & qu'il ait été libre au promissaire de l'accepter, il n'en est pas ainsi de la promesse déterminée à mille louïs: il ne dépend pas de celui, qui fait cette promesse, de calculer le péril dans lequel il se trouve, & de fixer le secours à un certain prix. Il ne possede pas cette tranquillité d'ame, que produit le propos délibéré; & si la promesse surpasse ses facultés, elle est contraire à ce qu'il se doit à lui-même, & ne peut être qu'un effet du trouble, dont il est agité. Ainsi quoique le promissaire ait pu accepter la promesse générale de récompense, il n'a pas dépendu de lui, d'accepter la promesse de mille louïs, attendu qu'il a pu douter, si celui, qui les lui promettoit, étoit dans le cas de pouvoir les lui donner; & qu'il a dû se persuader, que la crainte avoit plus de part à cette promesse, qu'une volonté réfléchie: on peut appliquer à ce cas, & à tous les cas semblables, la réflexion que Barbeirac fait dans la n. 5. au §. 7. de Grotius *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* XI. A cet égard il importe peu, si la crainte, qui vous fait faire la promesse, résulte d'un danger, qui vous vient de la part des hommes, ou par cas fortuit. Un homme sur le point de se noyer, crie à l'aide, & qu'il donnera dix-mille écus à celui qui le sauvera: un matelôt se précipite dans l'eau, risque sa vie, sauve celui qui a fait la promesse. La promesse sera-t-elle valide, ou non? La question se décide comme celle que je viens d'exposer. Ajoutez que, si vous prenez le parti de Pufendorf, vous ne pouvez manquer de tomber dans des absurdités. Car en soutenant, que la promesse est valide, il faut avouer en même temps que, si celui qui auroit fait cette promesse ne pouvoit la remplir, qu'en se réduisant à la mendicité, il faudroit cependant qu'il le fît: & néanmoins outre que c'est un des premiers devoirs de l'homme de venir au secours de quelqu'un

qu'un, que l'on voit attaqué, outre l'obligation naturelle imposée à un promissaire, ainsi que l'Auteur l'a prouvé §. CCCLXXXV., de réfléchir, si la promesse n'est pas trop onéreuse pour le promettant, & s'il peut l'accepter: l'équité naturelle ne se révolteroit-t-elle pas à la vue d'un homme, qui, sous prétexte d'une promesse, chercheroit à profiter, jusqu'à ce point de la situation critique, dans laquelle quelqu'un auroit pu se trouver? PUFENDORF ne raisonne pas juste, lorsque, de là qu'on acquiert quelque droit, il conclut, que l'engagement est solide. La promesse n'a pas été faite de propos délibéré: elle n'a pas dépendu du promettant: le promissaire n'a pas été dans le cas de pouvoir l'accepter. Voilà ce qu'on peut répondre à ce célebre Ecrivain. BARBEIRAC, dans une note au §. 15. *du Devoir de l'homme & du citoyen*, rapporte deux autres cas, qu'il applique à la regle, proposée par PUFENDORF. Voici ses paroles: „ Comme, par exemple, si, étant tombé entre les mains des Pirates, ou des Brigands, l'on emprunte de l'argent pour se racheter, &c. Ou si l'on promet tant à quelqu'un, pour nous escorter en temps de guerre, ou dans une route dangereuse." Mais ces exemples ne me paroissent gueres convenir à notre sujet: non plus que ceux dont Mr. OTTO se sert, dans sa note au même endroit du *Devoir de l'homme &c.* car il n'est pas ici question, si quelque appréhension, quelque danger, quelque vue de péril, m'a porté à saisir ou à employer quelque moyen, pour me sauver ou pour me tirer d'embarras, pour détourner un mal, comme cela a lieu dans les cas d'assurance, de garantie, d'association, de défense mutuelle, & autres cas semblables, dans lesquels on fait choix d'entre les moyens, qu'on croit propres au but qu'on se propose: quand on parle d'une promesse forcée, faite par crainte, on entend une promesse déterminée, que l'on a exigée du promettant; & non pas une promesse, à laquelle le promettant s'est porté de lui-même, pour éviter un péril, ou un danger, ou pour se tirer d'un embarras: c'est à ces derniers cas, qu'on doit appliquer la remarque d'ARISTOTE, rapportée par GROTIUS, *Droit de la Guerre & de la Paix*, dans l'endroit cité; qu'une personne qui, par la crainte du naufrage, se détermine à jetter ses effets dans la mer, voudroit bien les conserver, si cela se pouvoit sans s'exposer à périr; mais elle veut absolument sacrifier ce qu'elle jette, à cause de la circonstance du temps & du lieu qui le demande. Outre que dans ces cas, il dépend de nous, de nous porter à tels ou tels moyens, que nous croyons les plus propres à nous tirer d'embarras, ou d'une situation critique; il n'est aucun principe qui nous permette, de faire tomber sur un autre l'effet de l'embarras, dans lequel le cours des événements, ou notre imprudence nous auroit fait tomber: cela cependant, feroit l'effet du refus de rembourser l'emprunt, ou le salaire pour l'escorte &c.

En faisant un léger changement au premier cas, proposé par BARBEIRAC, on le rendra plus convenable à notre sujet. *Cajus* est tombé entre les mains des Pirates ou des Brigands; il promet à son ami *Titius*, de lui faire présent d'une certaine terre, s'il trouve moyen de le délivrer. *Titius* y réussit, la promesse est-elle obligatoire ou non? PUFENDORF affirme qu'oui; la raison qu'il en donne c'est, que *Titius* n'a rien qui le rende incapable d'acquérir quelque droit sur *Cajus*, & que *Titius* pourroit même prétendre, qu'on lui sût gré & qu'on lui témoignât de la reconnoissance. Mais quand il feroit même vrai, que *Titius* pût accepter la promesse, cela seul ne suffit pas pour rendre la promesse obligatoire. Il faut qu'il n'y ait rien dans la situation du promettant, qui puisse la rendre invalide: notre Auteur l'a prouvé aux §§. CCCLXXXV. & CCCLXXXVI. Or quoique dans la situation critique, où *Cajus* s'est trouvé, il ait pourtant dépendu de lui de faire choix entre les moyens, qu'il croyoit pouvoir procurer sa délivrance; & que par-là il semble, qu'il se soit porté de lui-même à faire l'offre qu'il a faite à son ami; cependant son ami n'a pas pu être persuadé pleinement, que la promesse ne fût pas plus ou moins forcée: il n'a donc pu l'accepter, qu'autant qu'elle exprimoit une volonté générale, de vouloir récompenser le service qu'il lui rendroit; il n'a donc acquis le droit à la promesse de la terre, qu'autant que par ce présent il se trouveroit indemnisé de ses soins, de ses fraix & de ses peines; il n'a donc pas droit d'exiger autre chose, & le promettant n'est donc pas tenu à quoi que ce soit de plus.

Mais supposons, que *Cajus* ait été contraint par les Pirates de promettre cette terre à *Titius*, si *Titius* vouloit bien s'intéresser pour lui, afin de lui faire obtenir sa délivrance; que *Titius* ignorant que *Cajus* fait une promesse forcée, s'intéresse pour lui, & obtienne sa liberté: non-seulement PUFENDORF, mais notre Auteur-même décide, qu'en ce cas la promesse est obligatoire; & BARBEIRAC, qui est du même avis, donne pour raison, *qu'on n'est pas obligé de deviner* (*n.* 5. au §. 7. de l'endroit cité de GROTIUS). Il est vrai, on n'est pas obligé de deviner; mais ce n'est pas là ce dont il s'agit: il s'agit de savoir, s'il a dépendu du promettant de faire la promesse, & du promissaire de l'accepter: c'est cela qu'il faut examiner dans le cas qui se présente; & que les circonstances doivent faire connoitre. 1. Il n'a pas dépendu de *Cajus* de faire cette promesse. 2. Quoique *Titius* n'ait pas su, s'il y étoit porté par un motif de crainte, il a pu en douter: il ignore, ou peut ignorer, si les facultés de *Cajus* lui permettent de faire ce sacrifice: il n'est donc pas dans le cas de pouvoir l'accepter: mais il peut, ainsi que dans le cas précédent, l'accepter com-

me une promeſſe générale de le récompenſer de ſes ſoins, s'il vient à bout de le délivrer.

Voici un autre cas. *Sempronius* va trouver ſon ami *Titius*, & lui demande un emprunt de dix-mille livres. *Titius* lui conſeille de s'addreſſer à *Mevius*, qu'il tâchera d'engager à lui faire ce plaiſir. *Titius* ſe transporte chez *Mevius*, & après l'avoir ſollicité en vain de prêter les dix-mille livres à *Sempronius*, il l'y porte par des menaces: je ſuppoſe dans ce cas, comme dans les autres, des menaces telles qu'on les demande, pour produire une crainte réelle. *Mevius* écrit un billet à *Sempronius*, que dans dix jours il lui fera tenir les dix-mille livres. *Titius* vient à décéder avant le dixieme jour. *Mevius* refuſe les dix-mille livres. En a-t-il le droit ou non? La promeſſe a été faite à un tiers, qui ne peut pas ſeulement ſe douter qu'elle ſoit forcée; qui a pu l'accepter, qui l'accepte, & qui compte ſur elle. Il n'y a pas de vice moral dans l'acte de prêter: la promeſſe contient un objet licite. Mais a-t-il dépendu de *Mevius* de la faire ou de ne la point faire? Non. Conſéquemment la promeſſe n'eſt pas obligatoire. Mais, dira-t-on, ſera-t-il permis, de fruſtrer quelqu'un de l'effet d'une promeſſe, ſur lequel il a eu droit de compter, & ſur lequel il a pris des arrangements, qui le menacent d'une entiere ruine ſi l'effet de la promeſſe lui manque? De plus, ſi l'obligation de *Mevius*, contractée vis-à-vis de *Sempronius*, pouvoit être aneantie, par la raiſon qu'on a fait une promeſſe forcée, il en réſulteroit, que la violence qu'on nous fait, nous donneroit droit de faire tort à un tiers. Je l'avoue: mais qu'en réſulte-t-il? que *Mevius* doit bonifier le dommage que *Sempronius* pourroit ſouffrir, du non-accompliſſement de la promeſſe. La crainte de *Mevius* ne le diſpenſe de l'accompliſſement de la promeſſe, qu'autant qu'un tiers n'en eſt point léſé; par la raiſon, qu'on ne peut faire tomber ſur un tiers l'effet d'une fâcheuſe ſituation, à laquelle on s'eſt trouvé réduit. Je ſuppoſe un autre cas. *Cajus* eſt ſur le point de pourſuivre en juſtice ſon débiteur *Titius*. *Mevius* informé du deſſein de *Cajus*, va le trouver, & l'oblige à écrire un billet à *Titius*, par lequel il lui promet que dans ſix mois il ne le pourſuivra point, & qu'il peut compter là-deſſus. Avant les ſix mois écoulés, *Mevius* meurt: *Cajus* ſur cela appelle *Titius* en juſtice, pour le payement de ſa dette. *Titius* allegue la promeſſe. *Cajus* oppoſe à cela qu'elle lui a été extorquée par *Mevius*, & le prouve. Comment les Juges doivent-ils décider? La promeſſe a-t-elle été valide ou non? GROTIUS, PUFENDORF, COCCEJI, BARBEIRAC, & même notre Auteur diront qu'oui. Je dis toujours que non. Pourquoi? Parce qu'il n'a pas dépendu de *Cajus* de faire cette promeſſe ou de ne la point faire. *Titius* a pu l'accepter, & compter ſur elle. Qu'en réſulte-t-il? Que *Titius* peut exiger l'indemniſation de ce qu'il ſouffre, ſi la promeſſe n'eſt pas obſervée. La validité de la promeſſe ne dépend point, dans ce cas, du principe qui peut rendre cet acte obligatoire ou non; mais du principe général, qu'il faut indemniſer celui, à qui l'on a fait tort, dès que celui-ci n'y a point donné lieu. Dans tous ces cas, le promettant ne peut être obligé de ſatisfaire à ſa promeſſe, qu'autant que, ſans cela, il lui ſeroit impoſſible d'indemniſer celui, à qui il l'auroit faite. Cette déciſion réſulte même de la raiſon, d'où notre Auteur conclut dans ce paragraphe, qu'on n'eſt pas obligé de ſatisfaire à un engagement forcé: „ celui, dit-il, qui vous fait „ faire une promeſſe forcée vous fait tort; cette a- „ ction eſt prohibée par la loi naturelle: donc la „ promeſſe n'eſt point valide." Mais celui qui vous fait tort, à quoi eſt-il obligé? à vous indemniſer. Or c'eſt préciſément cela que peut exiger celui, qui a pu accepter une promeſſe: mais s'il n'a pas pu l'accepter, on ne lui fait aucun tort, en ne la rempliſſant point: la promeſſe ne peut produire aucun effet, ſuivant les principes que j'ai expoſés ci-deſſus.

Je finirai ces exemples par un cas, dans lequel le promiſſaire ignore non-ſeulement, que la promeſſe eſt forcée, mais où elle eſt faite par l'autorité de celui, qui a droit de contrainte. Un pere menace une fille de la deshériter, ou de l'enfermer dans un cloître, ſi elle ne donne la main à *Lucius*, pour lequel elle ſent une averſion inſurmontable: elle en fait la promeſſe. Son pere lui défend de faire paroître, qu'elle l'ait faite avec répugnance; & peu de jours après le pere vient à mourir. La fille ſera-t-elle obligée de remplir ſon engagement ou non? Suppoſons même, qu'elle ait réitéré cette promeſſe à ſon pere mourant, & que, pour obéir à lui, elle n'ait pas déclaré à *Lucius* l'averſion, qu'elle ſentoit pour lui: ſa promeſſe ſera-t-elle obligatoire ou non? Pour réſoudre cette queſtion, il faut remonter aux premiers principes de nos devoirs. Ces principes nous fourniront des raiſons très-ſimples, pour la déciſion du cas propoſé. La Loi naturelle veut, que nous concourions au bonheur de notre prochain (§§. XLIII. & XLIV.). Ce ne ſeroit pas y concourir, que de vouloir profiter d'une ſituation déſagréable & critique, dans laquelle quelqu'un ſe ſeroit trouvé. Ainſi, dès qu'il paroît que quelqu'un a été porté, à nous faire une promeſſe par un motif de crainte ou de violence, la Loi naturelle exige que nous le dégagions, ſauf à être indemniſé, en cas que nous vinſſions à ſouffrir par-là quelque préjudice. Suivant cette regle générale, tout dépend de la certitude qu'on peut avoir de la contrainte, dans laquelle quelqu'un peut avoir été. Or ſi cette regle doit avoir lieu en général, elle doit produire ſon effet, bien plus particuliérement encore, là où il s'agit d'un engagement tel que le mariage: ſi la loi naturelle me défend de profiter de la ſituation critique, dans laquelle une perſonne peut s'être trouvée; elle

elle me le défend bien plus dans un cas, qui décide du bonheur de la vie de celle qui a promis, & qui décide même du bonheur de celui qui a accepté la promesse. Ces raisons obligent même tout promissaire de renoncer à une promesse, contraire à ces principes. En vain objecteroit-on à cela, que ce n'est pas lui, mais celui qui a extorqué la promesse, qui a fait tort au promettant; car bien qu'il soit vrai, que le tort, que quelqu'un vous fait, en vous forçant à faire une promesse, ne doit pas rejaillir sur celui, à qui la promesse a été faite, & que par cet endroit la promesse n'est pas invalide, par rapport à lui; cependant elle cesse d'être obligatoire, & de donner droit par une autre raison, souvent alléguée par les Jurisconsultes Romains, & dont notre Auteur a fait usage ci-devant; savoir qu'il ne faut pas s'enrichir aux dépens d'autrui. Ce n'est que l'ignorance, dans laquelle j'ai été, par rapport à la situation de celui, qui m'a fait une promesse onéreuse pour lui, qui m'a permis de l'accepter: si, après cela, cette ignorance s'évanouit, ne suis-je pas obligé de renoncer à mon acceptation; & puis-je exiger quelque chose au-delà de l'indemnisation? Il ne suffit pas, lorsqu'on veut décider des cas, de les examiner sur tel ou tel principe: il faut bien faire attention à tous ceux, qui peuvent y avoir rapport, pour se déterminer par celui, qui doit l'emporter sur les autres: c'est-là le grand art de la Jurisprudence; c'est encore là proprement cet art, que les Romains ont nommé *ars boni & æqui*, & dans lequel il est très-difficile de réussir. Nous allons voir que, s'ils ne se sont pas toujours expliqués sur les principes de leurs décisions, ils ne se sont gueres éloignés dans la matiere, qui fait le sujet de cette note, de ceux que j'ai exposés ci-dessus.

J'ai établi pour principe de la validité d'une promesse, qu'il doit avoir dépendu du promettant de la faire ou de ne la point faire; & qu'il ait dépendu du promissaire de l'accepter ou de ne la point accepter, à moins qu'on n'ait eu droit de les y contraindre. Qu'on consulte le Droit Romain, on verra que ses décisions sont généralement fondées sur ce principe. J'ai déjà cité la *l.* 3. §. 1. *ff. quod metus causa*, par laquelle il paroît, qu'une promesse forcée peut être valide, si l'on y a été contraint par quelqu'un qui avoit droit de contrainte: on peut y ajouter la *l.* 23. §. 3. *eod. l.* 22. *ff. de rit. nupt. l.* 12. *ff. de spons.* Hors ces cas le Droit Romain exige un libre consentement de la part de celui qui prend un engagement. *Nihil* (dit Ulpien *l.* 116. *de reg. jur.*) *consensui tam contrarium est, qui ac bonæ fidei judicia sustinet, quam vis atque metus: quem comprobare contra bonos mores est.* Si l'on fait attention à la force de l'expression *consensui contrarium*, on trouvera qu'elle dénote l'absence de ce qu'il faut, pour qu'on soit maître de faire une chose ou de ne la point faire: l'absence de ce qui est requis, pour qu'on puisse dire, qu'une chose ait dépendu de celui qui l'a faite. Or, pour pouvoir dire, qu'une chose ait dépendu de quelqu'un, il ne suffit pas qu'elle ait été à certains égards, au choix de celui qui l'a faite; il faut que celui qui l'a faite ait été indépendant à tous égards de la volonté d'un autre, & qu'il ait joui de la tranquilité de l'ame, qui nous permet de faire usage de la raison, & de faire un choix libre. A-t-on été forcé ou contraint par quelqu'un, qui n'avoit aucun droit de contrainte sur nous, le Droit Romain veut qu'on regarde l'acte commis, comme ayant été fait sans consentement, parce que le motif, qui nous y a porté, est la nécessité-même qu'on nous a imposée, & qui est contraire à la volonté, comme Ulpien s'exprime *l.* 1. *ff. quod metus causa.* Il est vrai que celui, qui, sur les menaces qu'on lui fait, se détermine à une action, ou qui, pour éviter un orage, qu'il voit s'élever, dirige le navire pour entrer dans un port, qu'il eut évité sans cela, regarde en quelque façon le parti qu'il prend comme un bien, parce qu'il évite par-là un plus grand mal; & dans ce sens on peut dire, qu'il y a un acte de volonté de sa part; mais cet acte, dans lequel on peut dire, que la volonté est plutôt passive qu'active, ne denote point la présence ou l'actualité de cette disposition de l'ame, qu'exige le consentement, requis pour donner la validité à une promesse. En effet, celui qui fait un acte, y étant forcé, renonce plutôt à l'usage de sa volonté, qu'il ne la suit: cet usage suppose le vouloir & le non vouloir, le *velle & nolle*, comme Ulpien parle *l.* 3. *de reg. jur. l.* 4. *ff. de adq. hered.* Tryphonin in *l.* 12. *ff. de capt. & postl.* & le Jurisconsulte Paul *l.* 18. *de adq. hered.* Si l'on considere la fin, dit Mr. Noodt, il y a un acte de la volonté, mais il y a une nécessité contraire à la volonté, si l'on considere le commencement. C'est donc à tort, que l'on cite l'expression de *coactus volui*, dont le Jurisconsulte Paul se sert dans le §. 5. de la *l.* 21. *ff. quod met. causa*, pour prouver que la contrainte n'ôte point la volonté, & pour conclure de-là, que les promesses forcées sont valides: car outre que cette expression dénote plutôt l'effet physique, que l'effet moral de celui qui s'est porté pour héritier, y étant forcé; il est manifeste, que les Jurisconsultes Romains n'ont jamais regardé une volonté forcée, ou un consentement forcé, comme un juste fondement de la validité d'un engagement. Ils ont exigé un libre usage de la volonté: ils ont voulu pour la validité d'un engagement, qu'il eût dépendu de celui qui l'a fait, de le faire ou de ne le point faire. En conséquence de ces principes, le Droit Romain rend inutile tout ce qui a été fait par un motif de crainte: *quod metus causa gestum erit, ratum non habebo*, dit le Préteur. Si la promesse n'est pas accomplie, elle sera nulle: si elle a été remplie,

S'il faut exprimer la cause de la promesse. §. CCCCVII. Puisqu'il dépend uniquement de la volonté de celui qui promet de le faire ou non (§. CCCLXXXV., & qu'en vertu de la liberté naturelle, il n'est obligé de rendre raison à personne de ce qu'il fait (§. LXXVIII.); *naturellement il n'est pas nécessaire, que la cause de la promesse soit exprimée.*

Promesse faite pour une cause due auparavant. §. CCCCVIII. Par la même raison, *une promesse faite pour une cause due auparavant est valide;* on dit qu'*on promet pour une cause due auparavant*, quand on promet quelque chose à quelqu'un, pour ce qu'il est déjà obligé de faire, comme, par exemple, si je promets quelque présent à un guide outre son payement. Ce qu'on promet pour une cause due auparavant, étant un motif de faire avec plus de soin ce qu'on doit faire, & obligeant l'autre à une plus grande diligence (§. XXXV. XXI.); il s'ensuit qu'*une promesse pour une cause due auparavant, n'est pas vaine* (§. CCCLX.).

Des charges ou conditions onéreuses attachées à une promesse. §. CCCCIX. On dit qu'on *attache une charge à la promesse*, lorsqu'on la fait sous cette condition, ou sous ce mode, que le promissaire fera à son tour, quelque chose pour vous ou pour quelqu'autre. Puis donc qu'il dépend de la volonté du promettant, de promettre sous quelle condition ou sous quel mode il lui plaît (§. CCCXCV. CCCCIV.); *le promettant peut à son gré attacher à la promesse quelque charge, soit par voye de condition, soit par voye de mode.*

De la peine attachée à une promesse. §. CCCCX. On dit qu'on *attache une peine à la promesse*, si le promettant déclare, que s'il ne la tient pas „ ou s'il se dédit," il donnera ou fera telle chose; cela s'appelle une *promesse pénale*, & ce qui est promis sous le nom de peine, s'appelle *le dédit*. Il paroît au reste, comme ci-dessus, qu'*on peut attacher une peine à la promesse*, puisque cela dépend de la libre volonté du promettant & du promissaire (§. CCCXCIII. CCCLXXXI.). La peine peut être ajoutée de trois façons à la promesse, en sorte que, ou 1. celui à qui on promet aît le choix ou d'exiger la pei-

le promettant sera rétabli en son entier. *Qui in carcerem quem detrusit, ut aliquid ei extorqueret: quidquid ob hanc causam factum est, nullius momenti est. l. 22. ff. quod met. causa.* Qu'un Médecin vous fasse craindre pour votre guérison, afin de vous arracher quelque bien, le Droit Romaiu veut que vous en soyez remis en possession. *l.* 3. *ff. de extr. cognit.* Il est indifférent que la crainte vienne de vous même, ou qu'elle vous soit inspirée: il suffit que vous ne soyiez pas dans cet état de tranquillité, qu'exige l'usage libre de la volonté. *Quæ sanus Medico promittit, debentur; sed invalidum est pactum, quod ægrotus, dum adhuc periclitatur, super quacunque re, cum medico contrahit. l. 9. C. de Prof. & Med.* Il est égal encore que la promesse ait été faite à celui, qui use de violence, ou à un tiers. *In hac actione* (dit ULPIEN *l.* 14. §. 3. *quod met. caus.*) *non quæritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum facit.* Il suffit que la crainte ait eu lieu, pour rendre l'acte vicieux, tant par rapport à un tiers, que par rapport à celui qui l'a fait naître: & il n'importe point, que ce tiers ait eu connoissance de la violence commise, ou non; la crainte seule, l'absence de cette disposition de l'ame, qui rend quelqu'un maître de ses actions, suffit. Le Droit Romain ne permet pas que, qui que ce soit, profite de la violence qu'on vous a faite. *In alterius præmium verti alienum metum non oportet. l. 14. §. 5. ff. quod met. caus.* D'un autre côté, il ne permet pas qu'un tiers en souffre: afin de pouvoir agir contre ce tiers, il suffit à la vérité que vous prouviez, que la crainte vous a porté à l'engagement; mais en même temps vous devez prouver, qu'il en a retiré du profit. *l.* 14. §. 3. *quod met. caus.* D'où l'on voit, que, suivant l'esprit du Droit Romain, un promettant doit indemniser le promissaire, si celui-ci, ayant été dans le cas de pouvoir accepter la promesse, souffriroit du dommage si elle n'étoit pas remplie: car s'il est injuste, qu'un promissaire retire de l'avantage d'une situation fâcheuse, dans laquelle la violence nous auroit mis, il ne l'est pas moins de faire rejaillir sur un autre les effets de cette situation. L'équité veut qu'un promettant soit rétabli, mais elle ne veut pas qu'il le soit aux dépens d'un tiers. Que *Gajus*, prêt à faire un voyage, dans lequel il craint de rencontrer des voleurs ou des ennemis, engage *Sempronius* à l'escorter, en lui promettant une certaine somme

peine, ou de contraindre l'autre à remplir sa promesse; ou 2. que la peine étant subie, la promesse cesse; ou 3. enfin, que malgré la peine subie, celui qui a fait la promesse reste obligé à la remplir.

§. CCCCXI. Il est impossible que nous fassions ce qui est au-dessus de nos forces. Donc *la promesse d'une chose qui surpasse nos forces, est invalide*, ,, puisqu'elle ,, renferme une obligation (§. CCCLXXX.) à une chose, à quoi nous ne pouvons ,, être obligés (§. XXXVII.)." (*u*) *De la promesse de ce qui est au-dessus de nos forces.*

§. CCCCXII. Puisque personne ne peut donner la chose d'autrui (§. CCLVIII.), & que la promesse oblige à donner la chose qu'on promet (§. CCCLXXXVIII.); *personne ne peut promettre la chose d'autrui.* Mais *si* quelqu'un *promet, ce qui peut devenir sien, ou ce qu'il croit pouvoir le devenir, soit que cela se puisse ou non*, puisque dans le premier cas, il déclare suffisamment, qu'il aura soin que la chose devienne sienne, & dans le second, qu'il veut faire des fraix pour l'avoir; il s'ensuit, que *dans le premier cas, il est obligé à faire ensorte que la chose devienne sienne; & dans le second, il est obligé pour autant, qu'il lui en auroit couté pour qu'elle devînt sienne, s'il ne peut l'avoir en effet* (§. CCCXVIII.). Il est évident au reste, que, *si nous promettons à quelqu'un, qu'au cas qu'une chose, que nous croyons pouvoir devenir nôtre, la devienne en effet, nous la lui donnerons*, c'est une promesse conditionnelle (§. CCCXCIII.), par conséquent, *après avoir travaillé inutilement à nous la procurer, nous ne sommes tenus à rien envers le promissaire* (§. CCCXCVI.). (*x*). *De la promesse de la chose d'autrui.*

§. CCCCXIII. Puisqu'il faut garder sa promesse (§. CCCLXXXVIII.), & qu'on ne peut la garder, si l'on aliène la chose promise (ibid. & §. CCLVII.), *le promettant est obligé naturellement, à ne pas aliéner la chose promise.* Cependant comme dans la promesse on ne transfere pas le domaine de la chose promise, mais seulement *De l'aliénation de la chose promise.*

me, la promesse est valide: pourquoi? Il y a dans cet engagement un libre choix de moyens. *Gajus* a pu le prendre: *Sempronius* a pu l'accepter: celui-ci ne fait pas un profit aux dépens de l'autre; il reçoit uniquement la récompense du service qu'il a rendu. *l.* 9. §. 1. *ff. quod met. causa.*

Telle est la disposition du Droit Romain, laquelle, accommodée à la Société civile, doit à certains égards s'éloigner de celle du Droit Naturel: dans l'état de nature toute crainte suffit, pour rendre un engagement nul (voyez BARBEYRAC *n.* 5. au §. 10. de PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens, L.* III. *Ch.* VI.): chacun est le vengeur des torts qu'on lui fait. Dans l'état civil le Gouvernement va au-devant des violences, qu'on pourroit vous faire; il vous met à l'abri, ou vous donne du secours contre elles. Toute appréhension, toute crainte, toute terreur ne suffit donc pas, pour que le Juge civil vous décharge d'une promesse: il faut que la crainte soit légitime; qu'elle ait été excitée par une violence, ou par des évenements, auxquels on n'a pu résister, ou contre lesquels on n'a pu avoir du secours. D'un autre côté, le Droit civil annulle des promesses, qui seroient valides suivant les principes du Droit naturel: parce que le Droit civil doit se fixer sur les circonstances qui peuvent être prouvées.

Je finirai cette note par une remarque sur le raisonnement, par lequel notre Auteur prouve, qu'une promesse forcée, n'est pas valide, si elle est faite à celui qui a excité la crainte; & dont il se sert encore pour prouver, qu'elle est valide si elle est faite à un tiers, qui ignore que le promettant y a été porté par un motif de crainte: c'est qu'il appuie sa conclusion sur le même principe, dont je me suis servi pour prouver, qu'on ne peut user du droit de réclame contre un possesseur de bonne foi, sans lui restituer ce que la possession lui a couté. C'est à l'auteur du dommage qu'il faut s'en prendre, dit notre Auteur: il a raison. Qu'on applique le même principe au possesseur de bonne foi.

§. CCCCXI. (*u*) On peut voir sur le contenu de ce paragraphe & des précédents, les endroits que j'ai indiqués des Ouvrages de GROTIUS & de PUFENDORF, ainsi que le grand Ouvrage de notre Auteur.

§. CCCCXII. (*x*) Ce que l'Auteur démontre dans ce paragraphe, se trouve enseigné par GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*. *L.* II. *Ch.* XI. §. 8. *n.* 4. PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens, L.* III. *Ch.* VII. §. 10. *Ch.* VIII. §. 4.

ment le droit à cette choſe (§. CCCXXXV.), *l'aliénation faite par le promettant eſt valide* (§. CCLVII.); mais comme il ne peut vous ôter, malgré vous, le droit qui vous eſt acquis à la choſe (§. C.); *vous avez le droit de vous oppoſer à l'aliénation, ſi vous êtes informé, que le promettant veut aliéner la choſe promiſe.* Il eſt évident, qu'au contraire *l'aliénation eſt invalide, ſi celui qui a promis, a déclaré que le droit d'aliéner doit lui être ôté*, puiſqu'alors il n'eſt plus cenſé l'avoir. (y)

Du profit. §. CCCCXIV. On appelle gain ou *profit*, la choſe ajoutée à nos biens, ſans qu'ils ſoient d'ailleurs diminués, ou bien la choſe, dont nous devenons plus riches. On dit que le profit *ceſſe*, ſi l'on nous empêche de l'obtenir, quand nous pouvions l'avoir. On appelle *profit certain* celui, qu'il eſt certain que nous pouvons obtenir, ou que nous obtiendrons; on l'appelle *incertain* dans le cas oppoſé. Au reſte *la quantité d'un profit certain peut être incertaine.* Il paroît donc, que *le profit certain eſt une choſe qui ſera dans notre domaine*, & que, par conſéquent, *celui, qui fait ceſſer un profit certain, empêche qu'une choſe qui, ſans cela, ſeroit devenue nôtre, ne la devienne en effet*, par conſéquent encore, *il nous cauſe du dommage* (§. CCLXIX.); *il eſt* donc *tenu de nous dédommager* (§. CCLXX.). (z)

Des intérêts. §. CCCCXV. Le *dommage émergent*, „ (c'eſt-à-dire, la perte que l'on ſouf- „ fre par la diminution de ſes biens préſents) " (*), & le gain ceſſant, s'appellent d'un nom commun, *ce qui intéreſſe*, ou *ce qui importe*, ou *les intérêts.* Puiſqu'il faut réparer, ſoit le dommage cauſé, (§. CCLXX.), ſoit le profit ceſſant (§. CCCCXIV.), par notre dol, ou par notre faute; *ſi, par quelqu'un de vos faits, ou non-faits, où il y a du dol, ou de la faute, un autre reçoit quelque dommage, ou que ſon profit ceſſe, vous êtes tenu aux intérêts.* En y ſuppléant, l'autre eſt rétabli dans l'état

§. CCCCXIII. (y) Qu'on applique le raiſonnement que notre Auteur fait ici, à ceux que j'ai faits ſur le droit de réclame, & je me tromperois très-fort, ſi l'on ne le trouvoit pas conforme aux principes ſur leſquels j'ai raiſonné.

§. CCCCXIV. (z) Le Droit Romain fait une diſtinction entre le dommage & le manque de profit: & cette diſtinction s'accorde aſſez avec la doctrine de notre Auteur: car il paroît par pluſieurs déciſions des Pandectes, que l'on y adjugeoit comme dommage le manque d'un profit certain, ou de l'intérêt que nous pouvions avoir à ce qu'une action n'eût pas été faite, comme on le voit *Inſt.* §. 10. *ad leg. Aq.* & aux *ll.* 21. §. 2. *l.* 22. §. 1. *l* 23. *in princip. l.* 11. *ff. in princ. ad exhib. l.* 52. §. 28. *ff. de furt.* ce n'eſt que le manque d'un gain incertain qu'on ne vouloit pas adjuger: cependant les probabilités de faire un gain doivent être comptées pour quelque choſe, ce me ſemble. GROTIUS fait très-bien ſentir, que celui, auquel on fait perdre les occaſions d'obtenir une charge, par exemple, fait une perte réelle. Voyez *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch* XVII. §. 3. *n.* 2. Je m'étonne que notre Auteur garde le ſilence ſur ces probabilités, que l'on nomme *chance.* A bien conſidérer la choſe, il n'y a rien relativement à l'homme qui ne ſoit quelque choſe: ainſi dès qu'on fait manquer à quelqu'un l'occaſion d'un gain, ſoit ſûr, ſoit vraiſemblable, ſoit probable; dès que vous portez atteinte à cette occaſion; vous détériorez ſon état, ſoit plus ſoit moins: vous lui cauſez donc un dommage réel. La diſtinction que l'on fait, dans les cas d'indemniſation, entre le *damnum emergens* & le *lucrum ceſſans*, n'eſt donc pas fondée ſur des principes du Droit naturel. La remarque que Mr. BARBEIRAC fait dans la *n.* II. au §. 3. de PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* III. *Ch.* I. eſt dans un ſens très-juſte, mais il faut bien faire attention, que dans les cas qu'il ſuppoſe, le *profit ceſſant* ne ceſſe pas d'être un dommage, mais ceſſe d'être *imputé*, ſuivant les loix de l'imputation. On peut voir dans le grand Ouvrage de notre Auteur *P.* III. *Ch.* IV. §. 613. comment il faut diſtinguer le *dommage émergent* du *profit ceſſant:* il en parle avec une juſteſſe & une clarté admirables.

(*) Nous avons ajouté au texte, dans cette parenthéſe, la définition du *dommage émergent*, qu'il eſt ſurprenant, que Mr. WOLF, ſi attentif à définir tout, ait omiſe. R d. T.

§. CCCCXVII. (*a*) La définition que notre Auteur donne du *délai*, *retard* (*mora*), paroît d'abord s'accorder avec celles, que les Interprêtes du

l'état, où il feroit, fi vous aviez fait ou donné, ce que vous n'avez pas fait ou donné, ou au contraire. Or perfonne ne devant faire, qu'un autre ait moins qu'il ne devoit avoir (§. CCLXX.); *fi, parce que vous n'avez pas rempli votre obligation, quelqu'un a moins qu'il ne doit, ou qu'il n'auroit pu avoir, vous êtes tenu aux intérêts.*

Dans quel cas celui, qui a fait la promeffe, eft tenu aux intérêts.

§. CCCCXVI. *Si* donc, *parce que la promeffe n'a pas été remplie, le profit de celui, à qui elle a été faite, ceffe, ou qu'il en réfulte quelque dommage,* comme, par exemple, fi, par votre volonté, ou par votre faute, la chofe eft aliénée, *vous êtes tenu aux intérêts.*

Du retard, ou de la demeure.

§. CCCCXVII. Le *retard* ou la *demeure* eft le délai, de ce qu'on doit faire au-delà du temps, où l'on devoit le faire. Ainfi l'on dit, qu'on *eft en retard*, ou *en demeure*, quand on ne fait pas ce qu'on peut & doit faire, dans un certain temps. (*a*)

De l'imputation du retard.

§. CCCCXVIII. On dit qu'un *obftacle eft inévitable*, fi vous n'êtes pas caufe qu'il fe foit préfenté, ou fi vous n'avez pu en aucune maniere faire enforte, qu'il ne fe préfentât pas. On l'appelle *infurmontable*, fi, lorsqu'il s'eft préfenté, vous ne pouvez point le lever. *Si le retard vient d'un obftacle inévitable, & infurmontable, il ne peut vous être imputé; mais s'il n'eft pas tel, ou s'il n'eft que l'un des deux, le retard vous eft imputé* (§. III.). On dit qu'on *purge la demeure* ou *le retard*, quand on démontre qu'on n'eft pas en retard; *celui* donc *qui veut purger la demeure, doit montrer que, par un obftacle inévitable, & infurmontable, il n'a pu faire ce qu'il devoit faire.*

Intérêts du retard.

§. CCCCXIX. Puisque celui qui doit faire à préfent quelque chofe, n'a point le droit de différer la preftation, ce qui paroît par la nature de l'obligation (§. XXXVII.)

du Droit Romain nous en fourniffent. Il s'en faut de beaucoup pourtant, & il n'eft pas difficile de voir, que ces Interprêtes ont confondu *le retard* avec *l'imputation* du *retard*, deux chofes qu'il importe cependant de diftinguer foigneufement. Le célébre Jurisconfulte CAJUS définit le *mora* ainfi: *debiti folvendi vel accipiendi fruftratoria dilatio.* Mr. BOEHMER la nomme *rei præftandæ vel accipiendæ injufta dilatio ad t. ff. de uf. & fruct. Mora* (dit Mr. VOET dans fes Commentaires fur les Digeftes de *uf. & fruct.*) *eft folutionis faciendæ vel accipiendæ fruftratoria dilatio. Eft autem mora* (dit Mr. NOODT dans fon Traité *de fœnor. & ufur. L.* III. *Ch.* IX.) *injufta ceffatio ejus qui jure interpellatus, non folvit, aut non accipit, debitum;* diftinguant ce que les Jurisconfultes Romains nommoient *mora*, d'un paiement retardé, (*tardior folutio*); ajoutant que, lorsqu'on difpute fur le retard, il ne faut point avoir égard à la fignification propre du mot de *mora*, mais à ce qu'on peut, fuivant le droit, demander en juftice pour caufe de retardement. D'où il réfulteroit que le mot de *mora* défigneroit, non pas le retardement, ou le défaut de fatisfaire à un engagement dans un temps ftipulé, mais l'obligation qui réfulte du défaut de remplir un engagement dans le temps qu'il auroit dû l'être: „ *nam cum de mora difputamus* (dit ce profond Jurisconfulte) *non quærimus, quæ fit poteftas verbi: (fub quo certum eft rei moram five tardiorem folutionem contineri) fed quæ fit mora* JURE JUDICIOQUE EMENDANDA IDEO, QUIA INJURIA NOCUIT." Voilà l'obligation fondée fur l'imputation manifeftement indiquée. Je ne m'arrêterai pas à examiner, fi effectivement le mot de *mora* a toujours été employé par les Jurisconfultes Romains, dans le fens que Mr. NOODT lui attribue ici. On peut, fi l'on veut, confulter fur cela un petit Traité, intitulé TACONIS A GLINS *de Mora Tractatus fingularis*, imprimé à *Amfterdam* en 1649. Je remarquerai feulement que comme les Juges ne peuvent jamais avoir d'autres objets de leurs décifions, que les obligations & les droits, il en réfulte, qu'on confond fouvent la nature des faits avec la nature des obligations & des droits qui en réfultent, lorsqu'on agite des queftions juridiques. Or il eft très-naturel, que les Jurisconfultes, ne confidérant les faits que relativement aux droits & aux obligations qui les produifent, aient été portés à prendre le *mora*, non pas proprement pour le retardement-même, mais pour l'obligation que ce retardement produifoit; & c'eft pour cela qu'ils le nommoient *fruftratoria dilatio.* L'on voit encore par-là, que le retardement par lui-même n'étoit

 pas

(§. XXXVII.), *personne* aussi *ne doit être en retard;* par conséquent, *si*, *par le retard*, *il arrive quelque dommage à celui*, *envers qui on s'est obligé à faire quelque chose*, *ou si son profit cesse*, *celui qui est en retard est tenu aux intérêts* (§. CCCCXV.). (*b*)

De la perte de la chose promise. §. CCCCXX. *Si la chose promise périt par un accident*, *qui n'a été précédé d'aucune faute de votre part*, sa perte ne pouvant vous être imputée (§. XVII.), *vous n'êtes point* aussi *tenu aux intérêts envers le promissaire*, & *la promesse s'évanouit.* Mais *si la chose périt par votre dol ou par votre faute*, cela devant vous être imputé (§. XVII.), *vous êtes tenu aux intérêts envers le promissaire* (§. CCCCXV.). C'est pourquoi encore, *si l'on vous promet des choses qui n'existent point encore*, *mais qui doivent exister*, telles que sont les fruits de l'été prochain, *si*, *par quelque accident*, *il arrive que ces choses n'existent point*, *on ne vous doit rien.* Il paroît encore de-là, que, sous la promesse d'une chose à venir, est renfermée la condition tacite, qu'elle sera; ou, ce qui revient au même, cette exception tacite, à moins qu'elle n'existe point du tout.

D'une même chose promise deux fois. §. CCCCXXI. *Si quelqu'un*, *après vous avoir promis une chose*, *la promet de nouveau à un autre*, puisqu'il ne peut vous ôter le droit, qui vous y est acquis par sa promesse (§. CCCLXXIX. c.), *la seconde promesse n'est pas valide*, *mais la premiere subsiste.* Mais comme rien n'empêche qu'on ne promette deux fois, ce qu'on peut faire deux fois, *si*, *ce qu'on promet deux fois*, *peut être fait deux fois*, *l'une & l'autre promesses sont valides.*

Etre tenu solidairement, ce que c'est. §. CCCCXXII. On dit que quelqu'un est engagé ou *tenu solidairement*, lorsqu'il est tenu de faire pour un seul, tout ce qui doit être fait pour plusieurs, ou de faire seul, tout ce qui doit être fait par plusieurs. Cela peut avoir lieu, soit qu'on promette quelque chose à plusieurs conjointement, soit que plusieurs promettent une même chose à un seul.

D'une même chose promise à plusieurs conjointement. §. CCCCXXIII. Puisqu'il dépend de la volonté de celui, qui promet, de le faire comme il le trouve bon (§. CCCXCIII.); *si quelqu'un promet par un seul acte*, *une seule & même chose à plusieurs conjointement*, *il est le maître de s'obliger envers chacun solidairement*, *ou non*, par conséquent, *lorsqu'il promet*, *il doit indiquer suffisamment ce qu'il veut* (§. CCCXVIII.). *S'il n'indique ni l'un*, *ni l'autre*, *il est censé avoir*

pas censé imposer quelque obligation, mais bien la cause du retardement. Il falloit que le retardement, le délai fût injuste: c'est-à-dire, qu'il pût être imputé à faute, ainsi que le remarque Mr. NOODT.

§. CCCCXIV. (*b*) L'obligation qui résulte du délai ou du retardement dans l'accomplissement des engagements, est encore une de ces choses, qui n'ont pas été exactement déterminées. Notre Auteur en parle avec précision dans son grand Ouvrage *P.* III. *Ch.* IV. §. 638. & *suiv.* Sa doctrine pourra paroître d'abord contraire à la disposition du Droit Romain; ou plutôt il sembleroit, que le Droit Romain s'est détourné sur ce sujet des principes du Droit naturel, puisque l'on veut que le *mora* n'y soit compté, que depuis le temps qu'un débiteur a été interpellé. Cependant si l'on y regarde de bien près, on trouvera, je crois, que le Droit Romain ne s'éloigne pas tant des principes du Droit naturel, qu'on pourroit bien se l'imaginer. On y distingue le *mora ex persona* & le *mora ex re*; le *mora ex persona* est le délai qui résulte de l'interpellation, c'est-à-dire, qu'un débiteur, par exemple est censé en faute depuis le moment qu'il a été interpellé: le *mora ex re* est le délai qui constitue quelqu'un en faute sans qu'il soit interpellé. Toute la question se réduit donc à savoir, dans quels cas l'interpellation est requise, dans quels cas elle ne l'est point. Il est aisé de voir, que cela dépend presqu'entiérement des circonstances, qui peuvent mettre un débiteur en faute plus ou moins, ou qui peuvent faire présumer, qu'un créditeur s'est relâché sur le temps de l'accomplissement. Là où les circonstances, qui doivent déterminer le pour ou le contre, peuvent si fort varier, il est impos-

voir voulu laisser la chose à sa propre liberté (§. LXXVIII.). Mais *si celui, qui a promis une même chose à plusieurs conjointement, s'est engagé solidairement envers chacun,* comme la chose n'est due qu'une fois, *s'il l'a donnée à l'un, il est quitte envers les autres;* cependant comme la chose est due à tous conjointement, *celui qui l'a reçue toute entiere, est tenu envers les autres pour leur portion.* Et puisque celui qui l'a promise, est tenu de la donner toute entiere à un seul; *chacun de ceux à qui elle a été promise conjointement, peut l'exiger à l'insu des autres, & même malgré eux.*

§. CCCCXXIV. Si deux, ou plusieurs ensemble, promettent une même chose à un seul, ensorte que chacun veuille être engagé solidairement, on les appelle *coëngagés* ou engagés ensemble *de promesse* *, & entant qu'ils doivent solidairement la même chose à un seul ou à plusieurs, on les appelle *coëngagés de dette* †. Pareillement si une même chose est promise à plusieurs conjointement, ensorte que celui qui promet, soit engagé solidairement envers chacun, ceux qui ont stipulé ou exigé, qu'on leur promît de cette maniere, s'appellent *coëngagés de stipulation* *; ou lorsqu'une même chose est due de cette maniere à plusieurs conjointement, soit parce qu'on la leur a promise ainsi volontairement, soit par quelqu'autre cause, ceux à qui elle est due s'appellent *coëngagés de créance* † (*). La chose promise n'étant due qu'une seule fois; *si l'un des coëngagés de dette remplit sa promesse, ou paye la dette, il libère les autres coëngagés de leur obligation.* On comprend par la même raison, que la même chose a lieu, par rapport à celui qui est engagé dans une promesse, ou dans une dette, si l'un des coëngagés de stipulation reçoit ce qui a été promis. Et même comme chacun des coëngagés est tenu, à donner toute entiere la chose, qui ne doit être donnée qu'une seule fois (§. CCCCXXII.); *vous pouvez exiger la chose toute entiere, de quel des coëngagés qu'il vous plaît, après quoi tous les autres sont libérés,* comme nous venons de le voir. Mais comme tous doivent conjointement la chose, qui doit être donnée une fois; *si vous ne pouvez l'obtenir toute entiere d'un seul, vous pouvez exiger d'un autre ce qui reste,* puisqu'aucun n'est libéré, qu'après que la chose a été toute donnée, comme cela paroît par ce que nous avons démontré.

De deux ou de plusieurs engagés.

* correi promittendi.

† correi debendi.

* correi stipulandi.

† correi credendi.

§. CCCCXXV. Le promettant peut promettre sous quelle condition il veut (§. CCCXCIII.), & celui à qui il promet, ne peut acquérir aucun droit de plus, que

Si le promettant doit être instruit de l'acceptation, pour que la promesse soit valide.

possible de fixer des régles si générales, qu'elles puissent suffire à tous les cas indifféremment. Afin que le délai puisse imposer à un débiteur l'obligation de dédommager le créditeur sur la perte du temps, il faut 1 qu'il y ait eu un temps stipulé. 2. Qu'il ne paroisse point que celui, qui a droit d'exiger se soit relâché sur le temps. 3. Que le délai puisse être imputé à celui, qui est en défaut. Voilà trois principes, qui paroissent avoir guidé les Jurisconsultes Romains dans leurs décisions.

(*) Par exemple, si je vous promets dix écus, & que je promette ces mêmes dix écus à *Cajus*, puisque je prétends être engagé solidairement envers vous & envers *Cajus*, en sorte qu'il m'est indifférent, lequel ce soit des deux, qui les exige, ou qu'il m'est libre de les payer à qui il me plaira, vous & *Cajus* êtes *coëngagés de stipulation*, si vous m'avez demandé de les promettre ainsi; vous êtes *coëngagés de créance*, si je vous les ai promis ainsi de moi-même. Mais si *Mevius* & moi vous promettons ces mêmes dix écus, en sorte, que nous voulions, l'un & l'autre, être solidairement engagés envers vous, & que, par conséquent, vous pouvez les exiger ou de moi, ou de *Mevius*, selon qu'il vous plaira, alors *Mevius* & moi nous sommes *coëngagés de promesse*; & entant que nous vous devons la même chose, nous sommes *coëngagés de dette*. R. d. T.

que ce qu'on a voulu lui accorder (§. CCCXVII.). C'est pourquoi *si celui, qui promet à un absent, veut que sa promesse soit valide, si elle est acceptée, elle est valide aussi-tôt qu'elle est acceptée, quand même le promettant ne seroit pas encore instruit de l'acceptation; mais s'il veut que la promesse ne soit valide, qu'après qu'il aura appris l'acceptation, elle n'est pas valide auparavant.* Donc encore *si le promettant meurt avant que d'avoir été informé de l'acceptation; dans le premier cas, la promesse est valide, dans le second, elle ne l'est pas.* Par la même raison, *l'acceptation peut se faire après la mort du promettant, s'il a voulu que la promesse pût être acceptée même après sa mort; il en est de même d'un don* (§. CCCXIV.). Mais on demande, ce qu'il faut présumer dans un cas douteux, c'est-à-dire, quand le promettant n'a pas assez expliqué son intention? La promesse devenant valide par l'acceptation (§. CCCLXXXI.), lorsque cette acceptation n'est pas douteuse, il n'y a certainement aucun raison, pour laquelle on pût vouloir que la promesse ne fût valide, qu'après qu'on aura appris l'acceptation; mais on pourroit avoir des raisons de le vouloir, si l'on en a de douter de l'acceptation. *Si* donc *le promettant présume qu'on acceptera la promesse, il est censé vouloir, qu'elle soit valide dès qu'elle sera acceptée; dans le cas opposé, il n'est censé le vouloir, qu'après qu'il aura appris l'acceptation.* Ainsi *une promesse purement gratuite est censée du premier genre, celle qui est onéreuse est censée du second.* On dit qu'*une promesse est purement gratuite*, si celui à qui on l'a faite ne doit rien faire à son tour; on l'appelle *onéreuse* dans le cas opposé.

Du ministre de la promesse & de l'acceptation. §. CCCCXXVI. On appelle *ministre*, celui par l'entremise duquel, nous faisons connoître notre volonté à un autre. Ainsi on appelle *ministre de la promesse*, celui par l'entremise duquel, nous promettons quelque chose à un autre, ou nous faisons connoître la promesse que nous avons faite; & en général, on appelle *ministre d'une obligation à contracter*, celui par l'entremise duquel, nous voulons qu'une obligation soit contractée, soit de notre part, soit de la part de quelqu'autre, ou par lequel nous faisons connoître une obligation qui doit être contractée; enfin on appelle *ministre de l'acceptation*, celui que nous voulons qui accepte en notre nom, ou qui fasse connoître notre acceptation. Comme le ministre n'agit pas en son propre nom, ni en vertu de son droit, mais au nom & en vertu du droit de celui, qui l'a choisi pour son ministre, *il dépend de la volonté de celui qui se sert de son ministere, de conférer à son ministre autant de droit qu'il lui plaît* (§. CCCXIV.).

De la révocation des promesses. §. CCCCXXVII. Puisque *la promesse* n'est pas valide sans l'acceptation (§. CCCLXXXI.), elle *peut être révoquée tant qu'elle n'a pas été acceptée.* On dit qu'une *promesse* est *révoquée*, si le promettant déclare, qu'il ne veut plus être lié par sa promesse. D'où il paroît, qu'*il est permis de revenir en arriere avant l'acceptation.* Il paroît encore, qu'*une promesse peut être révoquée, avant que la lettre, dans laquelle on l'a faite, ait été portée au promissaire.* Et même *si la promesse a été faite avec l'intention qu'elle ne soit valide, qu'après qu'on aura appris l'acceptation* (§. CCCCXXV.), *elle peut être révoquée tant qu'on ne l'a pas apprise.*

§. CCCCXXVIII.

§. CCCCXXX. (*c*) Notre Auteur fonde la nullité d'une promesse faite après la mort du promettant, sur un principe qu'il n'a pas prouvé, & qui souffre bien des exceptions; savoir qu'*on peut agir par un autre aussi long-temps qu'on peut le faire par soi-même*; il auroit dû prendre l'inverse de ce

§. CCCCXXVIII. Le promettant ne se servant d'un messager, que pour faire porter sa lettre au promissaire, en sorte qu'il est indifférent que ce soit ce messager, ou quelqu'autre, qui la porte; *si, le messager étant mort, un autre porte la lettre, qui renferme la promesse, elle peut etre acceptée validement; cependant elle peut être révoquée, tant que la lettre n'a pas été rendue par quelqu'autre.* Mais si le promissaire, étant informé par le rapport de quelqu'autre du sujet de la promesse, son acceptation étoit valide, avant qu'il eut reçu la lettre, dans laquelle le promettant a voulu déclarer sa volonté, dans ce cas, dis-je, on ôteroit à celui-ci le droit de révocation, ce qui cependant ne peut se faire (§. LXXIV.). Donc *l'acceptation ne peut se faire avant que la lettre ait été remise, quoiqu'on ait connu le sujet de la promesse par le rapport d'un autre.* C'est pourquoi *si la lettre se perd, la promesse est nulle*, par conséquent *si celui qui l'a faite persévere dans son intention, il faut qu'il renouvelle la promesse de telle autre maniere qu'il lui plaira.* *Du messager qui porte une lettre, renfermant une promesse.*

§. CCCCXXIX. Le *ministre*, chargé d'annoncer la promesse, tient lieu d'une lettre; *si* donc *le ministre meurt avant que d'avoir pu annoncer la promesse, elle est nulle*; de plus, la promesse pouvant être revoquée, avant que la lettre ait été rendue, & par conséquent l'acceptation ne pouvant se faire, quand même la lettre seroit rendue après la révocation; *une promesse peut* aussi *être révoquée à l'insu du ministre chargé de l'annoncer* (§. CCCCXXVIII.). *Du ministre qui annonce la promesse.*

§. CCCCXXX. Mais *si*, au lieu d'être simplement chargé d'annoncer la promesse, *le ministre doit promettre en votre nom*, puisqu'il promet en vertu du droit que vous lui avez conféré, aussi long-temps que vous n'avez pas révoqué ce droit, *la promesse ne peut être révoquée à son insu*, par conséquent *elle est valide, lors même qu'elle auroit été faite après la révocation, mais avant que le ministre en fut instruit.* Au reste comme il ne peut promettre en votre nom, s'il meurt, *la promesse devient nulle par sa mort.* Et puisque vous ne pouvez faire une chose par le moyen d'un autre, qu'aussi long-temps que vous la pouvez faire vous-même; *si vous mourez avant que le ministre ait promis en votre nom, la promesse faite par lui, après votre mort, est nulle*, puisqu'elle a été faite sans droit. (*c*) *Du ministre qui promet au nom d'un autre.*

§. CCCCXXXI. L'acceptation ne pouvant se faire après la mort du promettant, à moins qu'il n'ait voulu expressément, que sa promesse pût être acceptée après sa mort (§. CCCCXXV. CCCXVIII.); *si le promettant meurt avant que la lettre, qui contient la promesse, ait été remise, ou que le ministre l'ait annoncée, la promesse ne peut être acceptée, ni*, par conséquent, *devenir valide* (§. CCCLXXXI.). *De la mort du promettant avant que la promesse ait été annoncée.*

§. CCCCXXXII. Puisqu'il est indifférent, qu'on fasse une chose par soi-même, ou par le ministere d'un autre, *l'acceptation peut se faire par un ministre*, & puisqu'il est indifférent de quelle maniere on déclare l'intention où l'on est d'accepter, *on peut la faire connoître, soit par une lettre, soit par un ministre.* Comme encore l'acceptation peut précéder la promesse (§. CCCXIX.); *si vous me demandez de vous promettre quelque chose, & que je vous réponde par lettre, que je vous promets, la promesse est d'abord valide*; par conséquent *elle subsiste, quand même la lettre ne vous seroit remise qu'après ma mort*, puisque la promesse a reçu sa perfection avant *De l'acceptation par lettre, ou par un ministre, & faite avant la promesse.*

ce principe, & dire; *mais comme on ne peut pas agir par un autre plus long-temps qu'on ne peut le faire soi-même*, si vous mourez, avant que la promesse ait été faite par celui, qui étoit chargé de la faire en votre nom, la promesse faite après votre mort est nulle. Le Traducteur a corrigé ici l'original.

§. CCCCXXXII.

avant ma mort. Mais comme vous ne pouvez être censé avoir accepté, sans que la promesse ait été faite, & que celle-ci n'est censée faite, qu'après que vous avez reçu la lettre; *aussi long-temps que la lettre n'a pas été remise, la promesse peut être révoquée.* C'est-à-dire, qu'en écrivant la lettre on fait une promesse, qui peut être révoquée, mais qui devient irrévocable par la mort de celui qui l'a faite. Il est aisé de voir, que *la même chose a lieu par rapport au ministre de l'acceptation*, puisqu'il fait l'office d'une lettre. (*d*)

De la promesse qu'on me fait, de faire quelque chose pour vous. §. CCCCXXXIII. Si quelqu'un me promet, qu'il fera quelque chose pour vous, & que je l'accepte, il me transfere le droit de le contraindre à la faire, si vous acceptez aussi (§. CCCLXXIX.); mais comme sans votre acceptation vous n'acquérez aucun droit (§. CCCLXXXI.), comme d'ailleurs le droit, qui m'a été transféré, ne peut m'être enlevé (§. C.), & comme cependant je puis le remettre (§. CCCXLII.); *la promesse ne peut être révoquée, quoique vous n'ayez pas encore accepté, & cependant je puis la remettre.* Et puisque je veux que la promesse soit valide, *par cela-même que je vous l'annonce*, je vous promets, du moins tacitement, que, si vous acceptez, je veux faire ensorte, que la promesse soit remplie: par conséquent, *par votre acceptation, je m'oblige envers vous à faire ensorte qu'on remplisse la promesse* (§. CCCLXXX.), *ou à vous céder mon droit de contraindre le promettant à la remplir* (§. CCCXXVIII. CCCXLIII.).

De l'acceptation, faite pour un tiers. §. CCCCXXXIV. Celui qui n'a pas été élu ministre pour accepter, n'ayant pas le droit d'accepter au nom d'un autre, il ne peut aussi accepter au nom d'un autre. *Si* donc *je promets quelque chose à un tiers absent, en votre présence, & que vous n'ayez pas été choisi ministre pour accepter, votre acceptation est nulle, & je ne suis point tenu envers cet autre par ma promesse* (§. CCCLXXXI.). *Mais si je veux que vous acceptiez en son nom*, je déclare par cela-même, que je regarderai votre acceptation comme celle de l'autre, s'il le veut, par conséquent, *je ne puis révoquer ma promesse.* Mais comme la validité de la promesse ne dépend pas de votre volonté, mais de celle de celui, pour la personne duquel la promesse a été faite; *vous ne pouvez la remettre en attendant*, puisque vous n'avez acquis par la promesse aucun droit que vous puissiez remettre.

§. CCCCXXXV.

§. CCCCXXXII. (*d*) *Il est égal*, dit notre Auteur, *que l'on fasse une chose par soi-même ou par un autre:* cette regle ne doit pas être prise, comme si l'on avoit toujours le droit de faire faire par un autre, ce qu'on a droit de faire par soi-même; mais uniquement dans un sens relatif à l'imputation: c'est-à-dire, que l'on est comptable de ce qu'on a fait faire par un autre, comme si on l'avoit fait soi-même.

(*) Nous rendons par *accord* le latin *conventio*, reservant le mot de *convention*, pour rendre le latin *pactum*, c'est-à-dire, l'accord accompagné de promesse, comme le fait Mr. BARBEIRAC, & selon la force du mot de *convention* en françois. R. d. T.

§. CCCCXXXVII. (*e*) Vulgairement on attache au mot de *convention* la même idée qu'à celle de *contract*; & l'on pense que l'acte, désigné par ce mot, produit également une obligation réciproque: cependant comme l'on peut faire des accords, qui peuvent avoir lieu, sans que l'un ni l'autre acquiere par-là quelque droit, ou contracte quelque obligation, notre Auteur fait sentir cette différence, en définissant la convention par un acte, par lequel deux ou plusieurs se portent à la même chose, ou consentent à faire ou à ne pas faire une certaine chose, soit qu'on s'y engage par la promesse ou non. Et ceci répond assez aux idées des Jurisconsultes Romains. *Conventionis verbum generale est*, (dit ULPIEN *l.* I. *ff.* §. 3. *de pact.*) *ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendi causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti* CONVENIRE *dicuntur, qui ex diversis locis in unum [locum] colliguntur & veniunt: ita & qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam senten-*

§. CCCCXXXV. *Si l'on attache en faveur d'un tiers une charge à la promesse* (§. CCCCIX.), comme ce tiers n'a aucun droit avant que d'avoir accepté (§. CCCXVI.), & comme la charge est ajoutée ou comme condition, ou comme mode; tant qu'elle n'a pas été acceptée par le tiers, il dépend de votre volonté de la remettre, ou non (§. CCCXLII.), & de changer ainsi la promesse conditionnelle, ou modale, en promesse pure & simple (§. CCCXCIII. CCCCIV.), par conséquent, *la charge peut être révoquée, avant l'acceptation du tiers.* *Dans quel cas une charge, ajoutée en faveur d'un tiers, peut être révoquée.*

§. CCCCXXXVI. *Si la promesse n'est pas valide, & que cependant celui qui l'a faite veuille la tenir*, puisqu'il dépend de sa volonté de faire la chose ou non (§. CCCXIV. CCCXXVIII.), ou de la promettre encore (§. CCCLXXXV.); *ou bien il doit faire ce qui a été promis, ou il est besoin d'une nouvelle promesse, laquelle, par cela-même qu'elle est nouvelle, peut être faite sous toute autre condition que la premiere* (§. CCCXCIII.). *Ce qu'il y a à faire, si celui qui promet veut tenir une promesse non-valide.*

§. CCCCXXXVII. Un *accord* (*) est un acte, par lequel deux ou plusieurs résolvent la même chose, ou consentent à faire, ou à ne pas faire une même chose. Personne donc ne pouvant s'obliger parfaitement envers un autre, qu'en promettant (§. CCCLXXX.); *les accords ne produisent par eux-mêmes aucune obligation, & ils n'obligent qu'autant qu'ils contiennent une promesse.* (*e*) *Des accords.*

§. CCCCXXXVIII.

tentiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat: nam & stipulatio, quæ verbis fit, nisi habeat consensum nulla est. ULPIEN s'accorde parfaitement avec les principes de notre Auteur; & c'est toujours sur les mêmes principes qu'il ajoute: §. 4. *Sed conventionum pleræque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus, vel in stipulationem:* ce qui ramene les *conventions* à la classe générale des actes *obligatoires & non obligatoires*; de sorte que le mot de *convention* comprendra également un concours de volontés sans promesse; & un concours de volontés avec promesse: différence que notre Auteur a voulu rendre sensible, & que les Jurisconsultes Romains paroissent avoir pénétrée, quoiqu'ils ne l'aient pas distinctement observée. Le même ULPIEN dit dans la *l.* 7. *eod. Juris Gentium conventiones quædam actiones pariunt, quædam exceptiones.* Il y aura donc trois sortes de conventions, celles qui ne produisent ni obligation, ni exception; d'autres qui ne produiront qu'une exception. Celles qui produisent une obligation ne gardent pas le nom de *convention*, mais elles sont appellées *contracts*: §. 1. *quæ pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus:* c'est-à-dire, dès que la convention comprendra quelque engagement, une promesse; la convention se change en contract, qui a son propre nom, comme *Vente*, &c. C'est comme si ULPIEN disoit: Suivant le Droit des Gens il y a des Conventions, qui produisent des obligations, d'autres qui admettent des exceptions. La question est donc de savoir ce qui est requis dans un acte, pour qu'une Convention contienne ce caractere essentiel qui fait, qu'elle produit soit une obligation, soit une exception, ou bien ni l'une ni l'autre. Pour donner lieu à une obligation, c'est-à-dire, à une obligation *parfaite*, les *imparfaites* ne faisant pas un objet du Droit civil, il faut *une cause:* le Droit Romain est assez clair sur cela: mais que faut-il entendre par le mot de *cause*? c'est, si je ne me trompe, la raison, qui fait que l'obligation résulte de la convention. Quelle sera cette raison? non pas cet acte général, par lequel je me propose de faire quelque chose, à quoi vous vous proposez de concourir; non pas cet acte général, par lequel nous nous déterminons à faire une chose, ou à ne la pas faire; ou par lequel nous consentons tous deux à faire, ou à ne pas faire certaine action; mais cet acte particulier de la convention, par lequel on se porte mutuellement à compter, que telle chose sera faite ou point faite, & qui donne le droit aux parties, d'exiger l'accomplissement de ce qu'on s'est proposé de faire, ou de ne point faire: la raison, qui produit dans la Convention une obligation, est donc la promesse, & les Conventions ne sont obligatoires, qu'autant qu'elles contiennent une véritable promesse. On peut déclarer vouloir faire une chose, sans cependant la promettre, comme nous l'avons vu aux §§. CCCLXXXII. & suiv. Cependant comme cette déclaration a une grande apparence de promesse, & qu'il est très-facile de faire passer pour une promesse ce qui n'est qu'une simple déclaration, ou une marque de bonne volonté, ainsi qu'on le voit souvent dans ces petites contestations familieres, où l'un dit, vous

Des conventions ou traités. §. CCCCXXXVIII. L'accord par lequel deux ou plusieurs consentent à une même promesse, ou aux mêmes promesses, s'appelle *convention* ou traité. Puis donc qu'il faut garder ses promesses (§. CCCLXXXVIII.), *il faut* aussi *garder ses conventions.* Donc, encore, les conventions tirant de la promesse toute leur force obligatoire (§. CCCLXXX.); *tout ce que nous avons demontré, touchant les promesses, doit s'appliquer aussi aux conventions.* (*f*).

Des conventions expresses & tacites. §. CCCCXXXIX. On appelle *convention expresse*, celle qui se fait par un consentement exprès ou exprimé; & *tacite*, celle qui se fait par un consentement tacite. *Dans les conventions expresses est renfermé tacitement tout ce qui découle, par une conséquence nécessaire, de ce qui est dit expressément* (§. XXVII.). On dit qu'*une condition est renfermée par elle-même dans une convention, ou dans une promesse*, lorsque, sans cette condition, on ne peut concevoir la prestation de ce qui a été promis; comme, par exemple, si je dis: je paierai les frais pour vous obtenir le grade de Docteur; *la condition renfermée par elle-même dans la convention, ou dans la promesse, est censée y être ajoutée expressément.*

Des conventions à temps, & perpétuelles. §. CCCCXL. On appelle *convention à temps*, celle dont la durée est restreinte à un certain temps, & *perpétuelle* celle qui doit durer toujours; c'est-à-dire, aussi long-temps qu'existent les personnes qui en acquiérent quelque droit. Comme il est contraire à la nature des *conventions à temps*, aussi-bien qu'à celle des *conventions perpétuelles*, qu'elles soient restreintes à la personne de ceux qui les font (*), *les unes & les autres sont réelles, & non personnelles* (§. CCCCI.); *& les conventions temporelles n'obligent plus, dès que le temps auquel est restreinte leur durée est écoulé* (§. CCCXVII.).

...enent ... conventions. §. CCCCXLI. On dit qu'une *convention* est *renouvellée*, si ceux, qui l'ont faite, conviennent entr'eux, qu'elle doit continuer pendant un certain temps, au-delà du

vous m'avez promis, l'autre je n'ai point promis; le Droit Romain n'a pas voulu, que les Conventions produisissent d'actions, les reléguant avec raison à la classe de ces simples déclarations, que l'on nomme *Conventions*, & que les Romains ont désignées par l'expression de *nuda pacta. Et est pactio*, dit ULPIEN, *duorum pluriumve in idem placitum consensus:* ce *consensus* ne produisant pas par lui-même aucune obligation, c'est avec raison que les Jurisconsultes Romains ont enseigné, *quod nuda pactio non pariat obligationem.* Les *pactiones* sont des conventions sans cause, c'est-à-dire, sans raison, qui puisse donner le droit d'en exiger l'accomplissement. Mais pourquoi les Jurisconsultes Romains admettoient-ils l'exception, sur une simple déclaration de ne pas exiger un dû? C'est que cette déclaration étoit présumée contenir une promesse formelle, & non pas un consentement simple. *Et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem. l. 2. ff. de pactis. l. 7. C. de rem pign.* c'est-à-dire, on doit présumer par cet acte, que le créancier a promis, & s'est engagé à ne pas exiger la dette: il a porté son débiteur à compter, que la dette ne seroit pas répétée. Ceci n'ayant pas lieu, par exemple, dans la restitution d'un gage, le gage pouvant être rendu pour une raison particuliere, sans aucune intention de remettre la dette, & sans aucune promesse de ne pas la répéter, un créancier est admis à prouver, que le fait, dont on déduit la promesse de ne point exiger le paiement de la dette, ne prouve point cette promesse ou cet engagement. *l. 24. ff. de prob. & præs. l. 14. & 15. C. de sol.*

Si l'on doute, que les Jurisconsultes Romains aient raisonné sur les principes philosophiques, que je viens d'indiquer, on n'a, pour s'en convaincre, qu'à lire le Chap. II. du Traité de Mr. NOODT *de pact. & transact. p. 402.* Ce célebre Jurisconsulte veut, que le mot *causa* désigne dans cette matiere une *cause civile*, c'est-à-dire, quelque négociation, approuvée par les regles communes du Droit civil, *l. c. p. 415.* Mais je doute, que le mot de *cause* puisse être pris ici dans ce sens. Le Droit civil n'admet jamais d'action pour l'accomplissement d'affaires, qui ne sont pas approuvées par les regles communes du Droit civil: il l'admet toujours pour des affaires approuvées par ces regles: ainsi il faut proprement examiner ici.

du terme qui avoit été fixé d'avance. *Si* donc *une convention à temps ne doit pas expirer lorsque le terme, jusqu'auquel elle devoit durer, est venu* (§. CCCCXL.), *il faut la renouveller.* Mais comme, si l'on change quelque chose par rapport aux prestations, ce n'est plus la même convention qui est continuée, mais c'est une nouvelle que l'on fait; *dans la renovation il ne faut rien changer par rapport aux prestations.* On voit au reste aisément, qu'*il dépend uniquement de la volonte de ceux qui ont fait une convention, de la renouveller, ou d'en faire une nouvelle* (§. CCCXCIII.). Puisque dans la renovation, ceux, entre qui est la convention, doivent consentir à sa continuation (§. CCCCXXXVII.), & qu'on y consent tacitement, en souffrant que l'un des contractants, après le temps de la convention expiré, fasse quelque chose, qui ne peut se faire qu'en vertu de la convention (§. XXVII.); il s'ensuit que *la convention est renouvellée tacitement, si, après qu'elle est finie, il se fait, par l'un des contractants, quelque chose, qui ne peut se faire qu'en vertu de la convention, l'autre le sachant, & ne s'y opposant pas, ou l'approuvant; comme, par exemple, s'il reçoit ce qu'on ne peut lui donner, qu'en vertu de la convention.* Comme au reste dans une renovation tacite, on n'exprime pas le temps jusqu'auquel la convention doit être continuée, *elle est censée renouvellée pour un temps aussi long, que celui qui avoit été exprimé dans la convention.* Mais *si, au commencement, on est convenu que la convention seroit continuée au-delà de son terme, à moins que, dans un certain temps, l'une des parties ne déclare, qu'elle ne veut plus être tenue par la convention, elle subsiste, en vertu du premier accord, jusqu'à ce qu'elle soit rompue* (§. CCCCXXXVIII.), par conséquent *elle n'est pas renouvellée* (§. présent.).

En quel cas il est permis de manquer à la convention, ou de l'enfreindre.

§. CCCCXLII. On *manque à une convention*, ou on *l'enfreint*, ou l'on s'en départ, quand on ne veut pas faire ce à quoi l'on s'étoit obligé par la convention. C'est pourquoi les *prestations* étant *mutuelles*, si l'un fait quelque chose pour l'autre

ici quelle est la cause, que les regles du Droit civil approuvent, pour donner force à une convention; & il paroît que c'est celle, par laquelle la volonté a été tellement manifestée, que de part & d'autre on a pu légitimement compter sur son accomplissement. C'est-là le fondement de cet énoncé du Préteur Romain: *Pacta conventa quæ neque dolo neque adversus Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta Principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo. l. 7. §. 7. ff. de pactis.*

§. CCCCXXXVIII. *(f)* Il faut observer, que l'Auteur donne ici au mot de *pacta* un sens, différent de celui dans lequel les Jurisconsultes Romains l'emploient, ceux-ci distinguant les *pacta* en *pacta nuda*, expression qui revient à ce que l'Auteur désigne par le mot de *Conventio*, & en *pacta non nuda*, expression qui marque ce que l'Auteur nomme *Pacta*; avec cette différence, que les Jurisconsultes Romains se sont exprimés, relativement au Droit civil, & que notre Auteur parle relativement au Droit universel. Le Droit Romain regardoit les promesses dans les *pacta nuda*, comme non avenues; & se servoit aussi du mot de *pacta* seul, pour désigner les *pacta nuda*. Ils se sont aussi servis du mot de *conventio* dans le même sens: le Commentaire de VINNIUS sur les *Institutes* au §. 2. *de oblig.* pourra suffire à ceux qui voudront s'en convaincre davantage. Je remarquerai seulement, que l'usage des mêmes mots dans un sens différent, & une même signification donnée à différents mots, répandent sur le Droit Romain souvent une obscurité, à travers laquelle il est quelquefois bien difficile de pénétrer & de saisir les idées.

(*) La chose est fort claire à l'égard des conventions perpétuelles, il seroit contradictoire qu'elles fussent perpétuelles, & en même temps restreintes à des personnes mortelles. Par rapport aux conventions à temps, il semble qu'en disant, qu'elles ne peuvent être personnelles, il faudroit ajouter, comme l'a fait Mr. WOLF dans son grand ouvrage, à moins qu'on ne soit expressément convenu, qu'elles finiroient par la mort d'un des deux; sans cette exception, il est clair en effet, que, puisqu'elles sont faites pour un certain temps auquel ni l'un ni l'autre des contractants ne fait s'il parviendra, elles ne sont pas censées restreintes aux personnes. R. d. T.

tre, & que pour cela, celui-ci doive faire quelque chose à son tour; puisqu'ainsi *l'une des prestations mutuelles, suppose l'autre comme une condition arbitraire* (§. CCCXV.); il s'ensuit, que *si l'un des contractants ne veut pas faire ce qu'il doit*, ou *s'il manque à la convention*, puisqu'alors vous n'êtes pas obligé non plus à faire ce que vous deviez (§. CCCXCVI.), *il vous est aussi permis de manquer à la convention.* Comme cependant l'autre est obligé à garder la convention (§. CCCCXXXVIII.), & que vous avez par-là le droit de le contraindre à la garder, s'il ne le veut pas (§. CCCLXXIX.), droit qu'on ne peut vous ôter malgré vous (§. C.); *si vous ne voulez pas manquer à la convention, vous êtes encore le maître de le contraindre à faire ce qu'il est dû, en vertu de la convention.* Mais puisque vous avez le droit d'y manquer, comme nous venons de le démontrer, *si vous y manquez, parce que l'autre y a manqué le premier, vous ne manquez pas à votre foi* (§. CCCLXXXIX.). Et puisque vous êtes déjà libre de continuer la convention ou non, *si celui qui y a manqué le premier, se repentant, veut la continuer, vous n'êtes pas obligé à l'accepter.* Mais comme la raison, pour laquelle il est permis de manquer à une convention, n'a pas lieu, *lorsque quelqu'un a le premier manqué à sa foi dans une autre convention, il ne vous est pas permis pour cela de manquer à une autre convention.* (g)

Ce qu'il y a à observer si, lorsqu'on manque à la convention, il y a déjà ou quelque chose de fait en conséquence. §. CCCCXLIII. *Si l'autre manque à la convention, lorsque j'ai déjà fait quelque chose pour lui*, puisque je souffrirois du dommage par sa malice, si j'étois obligé de perdre cela (§. XVII. CCLXIX.), *lorsque je manque à la convention, il faut encore qu'on me restitue ce que j'ai donné, ou sa valeur* (§. CCLXX.). Au contraire, *si l'autre a déjà fait quelque chose pour moi, lorsqu'il manque à la convention*, comme il encourt le dommage par sa faute, & que je ne me suis point obligé à faire quelque chose pour lui, à moins qu'il ne fasse tout ce qu'il a promis; *je ne suis obligé à lui rien restituer;* il porte la peine de sa perfidie (§. CCCXC.). Mais *si j'ai fait tout ce que j'étois obligé à faire par la convention*, puisqu'elle a été remplie de ma part, & que je ne suis plus à meme d'y manquer (§. CCCCXLII.); *il faut que je contraigne l'autre à remplir aussi la convention, à moins que, me relâchant de mon droit* (§. CCCXXXVII. CCCXLII.), *je ne veuille me contenter de la restitution de ce que j'ai donné.* Enfin *si l'on a fait de part & d'autre des choses équivalentes*, puisqu'alors on ne peut pas dire, que l'on manque à la convention au dommage de l'autre, ni qu'il faille restituer quelque chose (§. CCLXX.), *l'un n'est tenu à rien envers l'autre qui manque à la convention.*

De la rupture ou dissolution de la convention. §. CCCCXLIV. On dit qu'une *convention* est *rompue* ou *dissoute*, si les contractants sont libérés de l'obligation, à laquelle ils sont tenus l'un envers l'autre, en vertu de la convention. *Si* donc *on la rompt avant qu'on ait rien fait en conséquence, c'est comme si elle n'avoit jamais été faite.* Puisque chacun peut se relâcher de son droit (§. CCCXLII.), & que par conséquent il peut dispenser l'autre de

§. CCCCXLII. (g) En général les Jurisconsultes sont assez d'accord que celui, qui manque à un engagement, donne à sa partie le droit de ne pas y satisfaire, & de demander réparation du dommage qu'il a souffert, ou qu'il souffre par la perfidie de celui, avec lequel il a contracté; suivant la regle du Droit Canon, *Frustra sibi fidem quis postulat ab eo servari, cui fidem a se præstitam servare recusat. Decret. Lib* IV. *Tit. ult. de reg. jur.* Mais on n'est pas si bien d'accord sur le choix que notre Auteur donne ici à la partie lésée, de contraindre le perfide à remplir l'engagement, ou d'y renoncer aussi de sa part. Voyez BARBEIRAC au §. 10. *L.* V *Ch.* XI. de PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *n.* 3.

de ſon obligation (§. CCCXXXVII.); *les conventions peuvent ſe rompre par un diſſentiment mutuel.* Et puisqu'une ancienne convention ne peut ſubſiſter, ſi l'on en fait une nouvelle qui lui ſoit contraire; *une ancienne convention eſt rompue par une nouvelle contraire:* en effet le conſentement mutuel, qui rompt l'ancienne, eſt renfermé par lui-même dans le conſentement mutuel, qui fait la nouvelle (§. CCCCXXXVIII.).

De l'uſage des conventions par écrit.

§. CCCCXLV. Puisque *les conventions* ſe font par le conſentement mutuel (§. CCCCXXXVIII.), elles *ſont valides auſſi-tôt que les deux parties ont déclaré leur conſentement*, par conſéquent *elles ſont valides naturellement, avant que d'avoir été miſes par écrit.* En effet on ne les met pas par écrit pour la validité, mais pour la preuve de ce qui y a été promis, ou dont on eſt convenu. Cependant comme il dépend de la volonté des *contractants* de fixer le temps, où leur conſentement doit être cenſé immuable; ils *peuvent convenir entr'eux, que la convention ne ſera pas valide, avant qu'elle ait été miſe par écrit, & ſignée, ou même munie de leur ſceau.*

Des conventions confirmées par ſerment.

§. CCCCXLVI. Puisqu'en jurant, on ne fait que s'obliger à dire la vérité (§. CCCLXVIII.); *en promettant par ſerment, on prouve ſeulement qu'on a l'intention de tenir ce qu'on promet, & qu'on perſévérera dans cette intention;* par conſéquent *le ſerment ne produit pas une nouvelle obligation de faire quelque choſe; ainſi en ſe joignant à un acte qui n'eſt pas obligatoire, il ne peut le rendre tel.* Cependant comme par-là vous engagez plus fortement votre bonne foi (§. CCCLXXXIX. CCCLXVIII.), *il eſt regardé comme plus malhonnête de manquer à la foi jurée, qu'à celle qui ne l'eſt pas.*

Du droit de guerre né des conventions.

§. CCCCXLVII. Puisque par une convention on acquiert le droit de contraindre par la force, celui qui ne veut pas la garder, à faire ce dont on eſt convenu (§. CCCCXXXVIII. CCCLXXIX.), & que la pourſuite d'un droit par la force eſt une guerre (§. XCVIII.); il s'enſuit, que *l'homme a droit de guerre contre celui qui ne veut pas garder ſa convention.* Et ſi quelqu'un viole ſa convention, c'eſt-à-dire, s'il fait le contraire de la choſe, dont on eſt convenu, il viole le droit parfait que l'autre a acquis à cette choſe (§. XCVII.), & par conſéquent il lui fait une injure (§. LXXXVII.). Puis donc qu'une injure eſt une juſte cauſe de guerre (§. XCVIII.); *la violation des conventions eſt une juſte cauſe de guerre.*



CHAPITRE VIII.

De l'Usucapion & de la Prescription. (†)

Dans quels cas la chose d'autrui devient celle du possesseur. §. CCCCXLVIII. Celui qui possede *la chose d'autrui*, l'a déjà occupée (§. cc. ccx.) ; c'est pourquoi *si le maître l'abandonne*, elle *appartient tout de suite au possesseur* (§. ccxix.), par conséquent *elle ne peut plus être revendiquée contre le possesseur* (§. cclxii.), par l'ancien maître, qui a cessé de l'être (§. cciii.). Il paroît ainsi, qu'en pareil cas, le domaine est acquis, non par la possession, mais par la maniere primitive d'acquérir, savoir par l'occupation (§. ccx.). (*a*)

Nécessité de la présomption dans les affaires humaines. §. CCCCXLIX. Comme les affaires des hommes doivent avoir une fin, & qu'il importe au genre humain que les droits acquis, & les obligations contractées soient assurées ; *dans un cas douteux, quand on ne peut avoir une certitude, ce qu'on présume, est censé vrai dans les affaires des hommes, contre celui, contre qui est la présomption.* En effet quand on tient pour vrai, ce que quelqu'un fait connoître suffisamment (§. cccxviii.), quoiqu'il soit possible qu'il mente (§. cccli.), n'est-ce pas parce que l'on présume qu'il dit la vérité? Et même si l'on croit quelqu'un sur son serment, quoiqu'il soit possible qu'il fasse un faux serment (§ ccclxxi.), n'est-ce pas que l'on présume, qu'il n'a pas fait un faux serment? Donc *dans les promesses*, & par conséquent *dans les conventions* (§. ccccxxxviii.), *on présume la vérité des paroles, sans laquelle on ne peut faire aucune promesse valide.* (*b*)

Acquisition du domaine, en vertu d'un abandon présumé. §. CCCCL. Il suit déjà de-là que, *lorsqu'on ne peut être assuré, quand il importeroit de l'être, qu'un maître a abandonné sa chose, si l'on présume cependant l'abandon, on doit tenir pour vrai qu'il l'a abandonnée* (§. ccccxlix.), & que par conséquent *la chose*

(†) Chap. VIII. Dans le Chapitre précédent notre Auteur nous a exposé, comment les hommes acquierent des droits, & contractent des obligations par une volonté déclarée: dans le second chapitre il nous a fait voir, comment on peut acquérir le domaine des choses par occupation ; c'est-à-dire, par cet acte par lequel on déclare, qu'on veut tenir comme à soi appartenant une chose qui n'appartient à personne ; & qu'on réduit dans l'état à être tenue comme appartenant à soi. Dans le présent Chapitre il nous démontre, comment on peut perdre le domaine des choses par une volonté présumée, & comment on peut l'acquérir par cette volonté présumée du maître, jointe à l'acte, que l'on nomme occupation relativement à un bien qui n'est à personne.

§. CCCCXLVIII. (*a*) Il faut faire attention, que le mot de *posséder* ne signifie pas ici simplement *détenir*, comme on l'emploie dans le discours familier ; mais *détenir comme sien*, suivant ce qui a été enseigné au §. cc. D'où il s'ensuit que, pour pouvoir acquérir le domaine d'une chose qu'on possede, il ne faut que l'abandon du droit de celui qui en est le maître. Celui qui de cette façon acquiert le domaine d'une chose, l'acquiert non pas par la possession, mais par l'occupation : car l'abandon du maître met le possesseur en état de l'occuper, parce que par cet abandon la chose devient *res nullius*, une chose qui n'appartient à personne.

§. CCCCXLIX. (*b*) Voyez sur ceci Grotius *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* ii. *Ch.* iv. §. 3. *& suiv.* Ce Jurisconsulte se sert en général du principe, que notre Auteur établit dans ce paragraphe, pour prouver, que l'*usucapion* doit être admise & reconnue entre les Nations, les Rois, & généralement entre ceux qui n'ont d'autres liens, que ceux du Droit Naturel.

§. CCCCL. (*c*) Voyez encore Grotius au même Livre.

§. CCCCLI. (*d*) Notre Auteur donne ici une définition exacte de l'*usucapion* ; & il est bon d'y faire attention, parce qu'en vain en chercheroit-on ailleurs une bonne définition. Plus les objets sont simples, plus on les néglige, & plus on devroit s'attacher à les bien connoître. *Usucapio* (dit

chose appartient au possesseur (§. CCCCXLVIII.), & cela, non point parce qu'il la possède; mais parce qu'elle est regardée occupée par lui (ibid.), dans le temps qu'elle n'étoit à personne (§. CCIII.). (*c*)

Usucapion, ce que c'est, & quelles choses peuvent être acquises par ce moyen.

§. CCCCLI. L'acquisition d'un domaine en vertu d'un abandon présumé, s'appelle *usucapion.* Quand on dit dans le droit civil, que les choses sont acquises par usucapion, en vertu d'une possession continuée pendant un temps fixé par la loi, la loi civile détermine seulement la maniere de présumer l'abandon, laquelle est purement civile. Certainement personne ne pouvant douter, que le domaine ne s'acquiert pas par la seule possession (§. CC.), & que le temps n'a pas la vertu de rendre la possession un moyen valide d'acquérir le domaine, *la possession, quelque long-temps qu'elle soit continuée, n'est pas une maniere naturelle d'acquérir le domaine.* Au reste comme les choses incorporelles peuvent aussi être soumises au domaine (§. CCVI.), *on peut acquérir par usucapion les choses incorporelles, &* par conséquent *les droits aux choses* (§. CXXI. CCCXXXV.), *aussi-bien que les choses corporelles.* (*d*)

De la prescription.

§. CCCCLII. La *prescription* est la perte d'un droit par un consentement présumé. Puis donc que celui qui est présumé avoir abandonné sa chose, doit être présumé en avoir perdu le domaine (§. CCIII.), & par conséquent le droit de la revendiquer (§. CCLXII.); *si une chose est acquise par usucapion, le domaine, & le droit de la revendiquer sont prescrits*, ou perdus, *pour celui qui en étoit le maître.* On se sert à la vérité aujourd'hui des mots d'usucapion & de prescription indifféremment; il vaut mieux cependant les distinguer dans le droit naturel, surtout parce que cette distinction sert à connoître plus intimement le Droit Romain. Au reste il paroît que la prescription est de droit naturel, par la même raison qui nous y a fait rapporter l'usucapion (§. CCCCXLIX. & suiv.). Il n'est pas moins évident, que, *si je laisse prescrire mon droit à ce que quelqu'un étoit obligé à faire pour moi, je le libere de son obligation.* (*e*)

§. CCCCLIII.

(dit VOET *ad ff. de usurp. & usuc.*) *nihil aliud est quam acquisitio dominii per usus.* C'est-à-dire, que l'usage seul donneroit l'usucapion. La définition de Mr. BOEHMER satisferoit mieux, si elle étoit conçue en termes moins équivoques. Celle de PUFENDORF prouve, que ce Savant a été très-embarrassé d'en donner une. *L'adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti;* définition qu'on tire de la *l. 9. ff. de usurp. & usuc.* n'est pas bien claire non plus. C'est cependant cette *l. 9.* que notre Auteur paroît avoir eue en vue, lorsqu'il nous fait observer que, quand l'usucapion est indiquée dans le Droit civil, par la continuation d'une possession durant un temps, défini par la loi, le Droit civil ne détermine alors, que la maniere de présumer l'abandon, qui est purement de Droit civil.

§. CCCCLII. (*e*) C'est avec raison que notre Auteur nous fait observer dans ce paragraphe, que la distinction entre l'usucapion & la prescription, sert à mieux entendre le Droit Romain. L'usucapion regardoit uniquement l'acquéreur, de façon qu'un possesseur étoit considéré comme maître légitime, de ce qu'il avoit possédé pendant un certain temps; avec les charges pourtant anexées au bien qu'il possédoit, comme hypotheques. La prescription étoit relative au propriétaire, & à tous ceux qui pouvoient avoir quelque droit sur la chose, les excluant de toute action vis-à-vis du possesseur. L'usucapion accordoit sans rien ôter, la prescription ôte sans rien accorder. Au reste il paroît par ce paragraphe & par le §. CCCCXLIX. que VINNIUS, OTTO & plusieurs autres très-célebres Interprêtes du Droit Romain se trompent, lorsqu'ils s'imaginent, sur l'autorité de CAJUS *l. 1. D. de usurp.* de CICERON *in Top. c. 4. pro Cæcin. c. 19.* que l'usucapion & la prescription n'ont aucun fondement dans le Droit naturel: ils confondent ces deux moyens de droit, avec la maniere de les exercer, ou avec les termes que le Droit Romain leur a prescrits: comme on le voit manifestement par les raisons qu'ils donnent de leur opinion. Voyez VINNIUS *ad Inst. de usuc.* OTTO *in not. ad* PUFEND. *de offic. hom. & civ. L. 1. C.* XII. §. 12.

§. CCCCLIII.

De la présomption. §. CCCCLIII. Il faut remarquer ici, que comme la présomption n'est que la conclusion probable, que l'on forme au sujet d'une chose douteuse, dans un cas particulier (§. XXVII.); & que par conséquent, *ce qu'on présume peut être faux; il est regardé pour vrai seulement jusqu'à ce que le contraire ait été prouvé.* Et comme tout le monde regarde ce qui arrive le plus souvent, comme devant arriver plus probablement, que ce qui arrive rarement, à moins qu'il n'y ait des raisons particulieres du contraire, aussi *l'on présume ce qui arrive le plus souvent, & non ce qui arrive rarement, lorsqu'il n'y a point d'ailleurs de raisons particulieres.* On distingue la présomption en absolue & conditionnelle. La *présomption absolue* est celle par laquelle la loi veut, qu'on tienne tout de suite pour vrai ce qui est présumé; & la *conditionnelle* est celle, par laquelle on doit tenir pour vrai ce qui est présumé seulement, jusqu'à ce qu'on ait prouvé le contraire. La présomption absolue coïncide avec celle, qu'on appelle dans le droit civil *présomtion de droit & touchant le droit* *; & la conditionnelle avec celle qu'on appelle *présomption de droit* †. On y ajoute à la vérité une troisieme espéce de présomption, qu'on appelle *présomption de l'homme* *, qui se forme par un homme, un juge, par exemple, lorsque la loi n'ordonne pas qu'on presume rien de tel. Mais comme dans le droit naturel on admet toutes les présomptions, qui sont conformes à la raison; la présomption de droit, & la présomption de l'homme ne different point entr'elles. Au reste c'est sur le droit naturel qu'est fondée la distinction entre la présomption de droit, & la présomption de droit & touchant le droit, c'est-à-dire, entre celle par laquelle une chose présumée est tenue pour vraie, seulement jusqu'à ce qu'on ait prouvé le contraire, & celle par laquelle la chose est tenue pour vraie absolument, telle qu'est la présomption de la vérité des paroles de celui, qui s'oblige à dire la vérité, dans les promesses par exemple (§. CCCCXLIX.). (*f*)

* præsumtio juris & de jure.
† præsumtio juris.
* præsumtio hominis.

Différentes espéces de titres. §. CCCCLIV. Un *titre juste* est celui qui emporte la simple possibilité d'un droit acquis, tel qu'un domaine, mais non l'acquisition actuelle, comme, par exemple, si quelqu'un a acheté une chose, qu'il pourroit avoir achetée de celui qui n'est pas le maître. De-là l'on dit qu'un possesseur *a un titre juste*, lorsqu'il a acquis la possession par un fait de telle nature, que la loi déclare que le domaine peut être transferé par-là. Si ce fait est vrai, le *titre* est appellé *vrai;* si on le croit vrai, quoiqu'il ne le soit pas, si, par exemple, vous croyez qu'on vous a donné une chose, quoique cela ne soit pas vrai, c'est un *titre putatif;* mais si le fait est vrai, & que l'on se trompe en croyant que, par un tel fait, on peut ac-

§. CCCCLIII. (*f*) Mr. BARBEIRAC dit, dans la note 1. au §. 6. de l'endroit de GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, que j'ai cité ci-dessus, „ J'ai fait voir dans la seconde édition de mon „ PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *Liv.* „ IV. *Ch.* XII. §. 8. *n.* 3. que sans toutes ces pré-„ somptions, qui le plus souvent ne sont pas bien „ fondées, le droit de prescription peut se dé-„ duire de la nature & du but de la Propriété-„ même, par des principes, qui supposent plu-„ tôt les sentiments où doit être l'ancien maître, „ que ceux où il est effectivement." En lisant avec attention le paragraphe, auquel cet habile homme nous renvoie, on trouvera, qu'il n'a pas distingué la raison ou le fondement, qui doit porter les hommes à ce qu'il nomme, *renoncer de bonne grace à leurs prétensions*, de la raison ou du fondement, sur lequel d'autres doivent juger, si cette renonciation peut & doit être supposée ou non. Il faut, dit Mr. BARBEIRAC, chercher quelqu'autre principe, qui suppose plutôt les sentiments, où doit être l'ancien maître, que ceux où il est effectivement: mais *présumer* n'est-ce pas précisement supposer des sentiments à

acquérir un tel droit, qu'en trouvant, par exemple, une chose perdue on en acquiere le domaine, c'est un *titre faux.* Il paroît de-là, que *le titre juste est une espéce de titre moyen entre le titre vrai & le titre faux;* il a quelque chose du titre vrai, entant que le fait est vrai, comme, par exemple, que vous avez acheté la chose: cependant il n'est pas encore sûr, qu'il y ait les autres conditions requises pour transférer le domaine, comme, par exemple, que vous ayez acheté du maître. Au reste le *titre* se divise encore en *onéreux & lucratif*, selon que la loi, qui déclare que par votre fait vous acquérez quelque droit, vous oblige, ou ne vous oblige pas à faire quelque chose à votre tour.

§. CCCCLV. Puisqu'on présume ce qui est ordinaire (§. CCCCLIII.), *tout possesseur est présumé maître de la chose, à moins qu'il n'y ait des raisons probables du contraire, & il est présumé maître d'autant plus, s'il est sûr d'ailleurs qu'il a un titre juste* (§. CCCCLIV.). Il paroît de-là qu'*on possede de bonne foi, quand on a reçu la chose à titre juste, du maître présumé, &*, par conséquent, *d'un possesseur quelconque, dont il n'y a aucune raison probable de tenir le domaine pour suspect* (§. CCI.). *Comment l'on acquiert la possession de bonne foi.*

§. CCCCLVI. On appelle *possession juste*, celle où se trouve un titre juste & la bonne foi, si l'un ou l'autre manque elle est *injuste.* La possession est injuste, par exemple, si vous savez, que vous avez acheté la chose de celui qui n'est pas le maître, ou si vous croyez qu'une chose perdue, que vous avez trouvée, vous appartient; „ la bonne foi manque dans le premier cas; le titre juste dans le „ second." *De la possession juste, & injuste.*

§. CCCCLVII. Puisque nous devons travailler à écarter tout dommage de nous & des autres (§. CCLXIX.); *personne ne doit être négligent*, par conséquent *chacun doit être diligent* (§. XXI.), *à s'informer de ses choses, qui pourroient être passées au pouvoir d'un autre, & des droits qui lui appartiennent; & prendre garde, que, parmi les choses qu'il possede, il ne s'en trouve qui appartiennent à un autre;* par conséquent, *il doit travailler à ce que le domaine des choses qu'il possede lui soit assuré, & à ce que les domaines des autres ne restent pas dans l'incertitude.* C'est pourquoi *la loi naturelle donne* aussi *aux hommes le droit aux choses, sans lesquelles les domaines ne peuvent être assurés* (§. XLVI.). De-là il paroît encore, que, *si quelqu'un sait que sa chose est possédée par un autre, & s'il ne veut pas l'abandonner, il ne doit pas rester dans le silence.* *De la nécessité d'établir la certitude des domaines.*

§. CCCCLVIII. *Quand celui qui sait qu'une chose est à lui, fait cependant ce qu'il ne pourroit faire, s'il vouloit qu'elle fût à lui*, si, par exemple, il contracte avec le possesseur touchant cette chose, comme si elle appartenoit à autrui, puis- *Présomption d'abandon en conséquence de quelque fait positif.*

qu'on

à une personne par ceux, dans lesquels on juge qu'il doit être. En présumant on suppose, qu'un maître doit avoir tels sentiments, & de-là on conclut qu'il les a. Mr. BARBEIRAC suppose cette conclusion; mais cette conclusion doit avoir un fondement: c'est ce fondement que notre Auteur nous démontre dans ce paragraphe-ci. Et c'est sur ce fondement que pose le Rescript de l'Empereur PIUS: *Parum juste præteritas usuras petis, quas omisisse te longi temporis intervallum indicat, quia eas a debitore tuo, ut gratior apud eum videlicet esses, petendas non putasti. l. 17. ff. §. 1. de usur.* Mr. NOODT remarque très-bien, que, s'il n'y a point d'indice d'une remission, & qu'on ait seulement manqué d'exiger les intérêts, on ne peut présumer que les intérêts aient été remis, parce qu'il n'y a, dit-il, aucune raison pour cette présomption, citant la *l. 18. ff. §. 1. de alim. leg.* Il remarque encore, que ce principe n'a pas seulement lieu, par rapport à des intérêts, mais relativement à tout genre de choses: il confirme son sentiment par rapport aux intérêts par la *l. 64. ff. de donat. inter Virum & Uxor. l. 26. ff. de prob. & præs.*

qu'on peut conclure de ce fait, qu'il ne veut pas que la chose soit sienne, ou qu'il veut qu'elle soit à vous, *il est présumé l'avoir abandonnée* (§. XXVII. CCIII.).

Du consentement présumé par le silence. §. CCCCLIX. *Si quelqu'un se tait lorsqu'il pouvoit & devoit parler*, puisqu'il paroît qu'il fait cela uniquement parce qu'il veut ce que veut l'autre, ou veulent les autres, qui font connoître suffisamment leur pensée, *il est présumé consentir* (§. XXVII.). Il paroît de là, que *le silence, d'où l'on présume le consentement, doit être le silence de quelqu'un qui veut le garder, & sait qu'il le garde.*

Présomption de l'abandon d'une chose, par le silence. §. CCCCLX. C'est pourquoi, puisque celui qui sait que sa chose est possédée par un autre, & qui ne veut pas l'abandonner, ne doit pas rester dans le silence (§. CCCCLVII.); *si quelqu'un sachant que sa chose est possédée par un autre, reste long-temps sans s'y opposer, quoiqu'il n'y ait aucune raison manifeste pour laquelle il se taise, il est présumé l'avoir abandonnée* (§. CCCCLIX.).

Examen ultérieur du même cas. §. CCCCLXI. Puisque chacun doit être diligent à s'informer de ses choses, qui pourroient être passées au pouvoir d'un autre (§. CCCCLVII.), & qu'il est certain, que les hommes aiment les choses qui leur appartiennent; *si quelqu'un a possédé pendant long-temps la chose d'autrui, le maître est présumé savoir qu'il la possède, à moins qu'il n'y ait des raisons manifestes du contraire; ou si c'est une chose mobiliaire, il est présumé désespérer de pouvoir découvrir qui la possède*, par conséquent, *d'un long silence on présume l'abandon de la chose, à moins qu'il n'y ait des raisons manifestes du contraire* (§. CCCCLX.).

Quelle est cette présomption. §. CCCCLXII. Comme les domaines resteroient toujours dans l'incertitude, si l'on n'admettoit pas cette présomption, ce qui paroît suffisamment par ce que nous avons dit; *la présomption qu'on forme de l'abandon de la chose, contre celui qui néglige de s'informer de ses choses, est une présomption absolue, ou de droit & touchant le droit* (§. CCCCLIII.).

De quel droit sont l'usucapion, & la prescription. §. CCCCLXIII. Il suit de-là, que *l'usucapion & la prescription sont de droit naturel* (§. CCCCLI. CCCCLII.). Il est seulement de droit civil, que la présomption d'abandon soit restreinte à un certain temps.

De la bonne foi requise pour la prescription. §. CCCCLXIV. Mais comme celui qui possede une chose de mauvaise foi doit la restituer à son maître (§ CCI. CCLXI.), que par conséquent, en se mettant en devoir de la restituer, il peut savoir si le maître veut qu'elle soit à lui, ou non, & qu'ainsi la présomption d'abandon n'a pas lieu (§. CCIII. XXVII.); *la mauvaise foi est toujours un obstacle à l'usucapion & à la prescription*, par conséquent *la bonne foi est requise pour l'usucapion & la prescription pendant tout le temps de la possession.* (*g*)

§. CCCCLXIV. (*g*) Ce paragraphe est conforme au Droit Romain, comme on le peut voir au titre des *Institutes L.* II. *Tit.* VI.



CHA-

CHAPITRE IX.

Des actes purement bienfaisants accomplis sur le champ. (†)

De l'acte simple & composé.

§. CCCCLXV. Tous les actes utiles aux autres consistent à donner ou à faire, ce qui est évident par soi-même. On appelle *actes simples*, ceux qui ne peuvent être divisés en plusieurs, dont l'un puisse être sans l'autre, ou sans les autres; & l'on appelle actes *composés*, ceux qui peuvent être divisés en plusieurs, dont chacun peut subsister par lui-même.

Acte bienfaisant, ce que c'est, & de combien de sortes il y en a.

§. CCCCLXVI. On appelle *acte bienfaisant*, celui dont l'un seulement tire quelque utilité, & où l'autre ne reçoit rien à son tour. L'on appelle *purement bienfaisant*, celui auquel n'est attachée aucune obligation parfaite; & l'on appelle *obligatoire*, celui auquel est attachée une obligation parfaite.

Actes d'échange quels ils sont, & de combien de sortes.

§. CCCCLXVII. On appelle *acte d'échange*, celui où les deux parties sont astreintes à donner, ou à faire quelque chose. Ainsi *dans les actes d'échange, on échange les choses & les faits, les uns contre les autres.* C'est-à-dire, les choses contre les choses, les choses contre les faits, & les faits contre les faits. L'acte d'échange est ou *diremtoire*, regardant l'utilité séparée de l'une & de l'autre partie, qui doit se trouver dans les prestations particulieres; de sorte que, *quand il est accompli, il ne reste plus rien à faire entre les contractants*; ou bien l'acte d'échange est *communicatoire*, dans lequel, par des prestations communes, on se propose quelque utilité commune.

Différences des actes diremtoires.

§. CCCCLXVIII. Comme dans les actes d'échange, & par conséquent dans les actes diremtoires, on échange ou chose contre chose, ou chose contre fait, ou fait contre fait, & qu'on y considere séparément l'utilité de chaque partie (§. CCCCLXVII.); *dans les actes diremtoires, ou bien je donne pour que vous donniez, ou je donne pour que vous fassiez, ou je fais pour que vous fassiez.* On comprend qu'il n'y a aucune différence entre l'acte, où je fais pour que vous donniez, & celui où je donne pour que vous fassiez. Au reste comme on peut donner des choses incorporelles, aussi-bien que des choses corporelles, aussi l'on peut donner soit le simple usage de la chose, soit l'usage joint avec la jouïssance, ou l'usufruit; & comme l'argent tient lieu de toutes sortes de choses, comme nous le verrons en son lieu, on peut aussi donner de l'argent.

Différences des actes communicatoires.

§. CCCCLXIX. On dit qu'*on se communique réciproquement ses faits & ses choses*, quand on les emploie à quelque utilité commune; ainsi dans les actes communicatoires, on se communique ou bien des faits, ou bien des choses, ou de l'argent; ou bien d'un côté des choses ou de l'argent, & de l'autre des faits.

Bienfait, bienfaiteur, bénéficiaire.

§. CCCCLXX. On appelle *bienfait*, un acte purement bienfaisant, accompli sur le champ, ou dans lequel on donne ou fait d'abord quelque chose pour un autre. Mais

(†) CHAP. IX. L'objet de ce Chapitre est si simple, qu'il paroît presqu'inutile de le toucher; cependant on verra encore, par les conséquences, qui résultent des définitions, que l'Auteur donne dans ce chapitre; que plus on s'arrête à déterminer les objets qui paroissent simples, plus on évite de se tromper sur ceux qui sont plus compliqués.

Mais l'acte qui regarde l'avenir, ou dans lequel on s'oblige à donner ou à faire quelque chose pour un autre, est une promesse gratuite (§. CCCCXXV.), ou la promesse d'un bienfait. C'est pourquoi, comme on dit, qu'*on donne* ou qu'*on fait gratuitement*, quand on ne reçoit rien à son tour pour ce qu'on donne, ou ce qu'on fait, *les bienfaits s'accordent gratuitement*, & comme on appelle *gratuit*, ce qui se fait gratuitement, *les actes purement bienfaisants sont gratuits.* Celui qui accorde un bienfait, s'appelle *bienfaiteur*, celui qui le reçoit s'appelle *bénéficiaire.*

Matiere des bienfaits. §. CCCCLXXI. Nos actes ne sont censés utiles aux autres, qu'autant qu'ils contribuent à leur procurer quelque bien de l'ame, du corps, ou de la fortune, ou à écarter d'eux quelque mal de l'ame, du corps, ou de la fortune. C'est pourquoi *tout acte, par lequel nous contribuons gratuitement en quelque chose à quelque bien de l'ame, du corps, ou de la fortune d'autrui, ou par lequel nous détournons ou écartons de lui quelque mal, est un bienfait* (§. CCCCLXX.).

Qui doit accorder des bienfaits; qui en mérite. §. CCCCLXXII. Puisque tout homme doit, autant qu'il est en son pouvoir, aider tout autre homme qui a besoin de son secours, pour acquérir les biens de l'ame, du corps, & de la fortune, & doit prendre garde, que les autres ne tombent pas dans les maux opposés (§. CXXXIV.); *les hommes sont naturellement obligés à des bienfaits mutuels les uns envers les autres, autant qu'il est en leur pouvoir; & l'on mérite un bienfait quand on en a besoin, ou qu'on ne peut acquérir, ou faire soi-même ce que donne ou fait le bienfaiteur* (§. CCCCLXXI.).

Dans quels cas on ne doit pas accorder des bienfaits. §. CCCCLXXIII. Comme, *après l'introduction des domaines*, les hommes sont obligés réciproquement à donner, & à faire les uns pour les autres, selon que chacun a besoin de la chose, ou du travail d'autrui (§. CCCXXIX.), & comme, par conséquent, vous êtes autant obligé envers moi, que je le suis envers vous, *personne n'est tenu de donner, ou de faire gratuitement quelque chose pour un autre, si cet autre peut donner ou faire quelque chose à son tour.* Et comme il dépend de la volonté du maître de donner, ou de ne pas donner, & de donner quand il lui plaira (§. CCCXIV.), & de faire ou de ne pas faire (§. CCXXV.), *il dépend de la volonté du bienfaiteur d'accorder ou non, le bienfait* (§. CCCCLXX.), *& personne ne peut être contraint à accorder un bienfait.* Si l'on ne donne, ou ne fait pas gratuitement, il faut ou donner pour qu'un autre donne, ou donner pour qu'il fasse, ou faire pour qu'il fasse. Il paroît de-là, que *les actes d'échange diremtoires sont naturellement permis* (§. CCCCLXVII. CCCCLXVIII.). Si l'on ne veut rien donner gratuitement, *il faut dans les actes d'échange diremtoires, qu'autant que l'un fait pour l'autre, autant celui-ci fasse à son tour pour celui-là.*

De la reconnoissance, & de l'ingratitude. §. CCCCLXXIV. Les hommes étant obligés à des bienfaits mutuels les uns envers les autres (§. CCCCLXXII.), & le bienfait reçu de quelqu'un, étant un motif à lui faire du bien à son tour (§. LXXIII.); *le bénéficiaire est obligé naturellement à faire du bien à son bienfaiteur, par cela-même qu'il en a reçu* (§. XXXV.); par conséquent, *s'il ne le peut actuellement, il doit du moins être disposé à le faire* (§. XXXVII.).

§. CCCCLXXV. (*b*) La donation differe du don comme l'espece du genre; c'est pour cela que l'Auteur dit, que ce qui a lieu à l'égard du don, l'a pareillement par rapport aux donations. Le caractère distinctif de la donation est très-bien exprimé dans ce passage du Droit Romain: *Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti; & propter nullam aliam* cau-

(§. XXXVII.). Puis donc qu'on dit qu'*on rend un bienfait*, quand on fait du bien, à cause qu'on en a reçu, & qu'on appelle *reconnoissance*, la disposition à rendre les bienfaits; *le béneficiaire doit avoir de la reconnoissance envers son bienfaiteur;* & comme on dit encore, qu'*on rend graces* à quelqu'un, lorsqu'on témoigne sa reconnoissance par ses discours, ou par ses actions, *il doit lui rendre graces.* Mais comme au contraire on appelle *ingrat*, celui qui n'a point de reconnoissance, qui, par conséquent, n'en témoigne point par ses discours, & beaucoup moins par ses actions, mais qui fait plutôt le contraire, *l'ingratitude est défendue par la loi naturelle* (§. LI.).

§. CCCCLXXV. L'acte par lequel on donne quelque chose gratuitement, s'appelle *donation*, & la chose donnee ainsi s'appelle *don*, ou *présent*. Celui qui donne le présent s'appelle *donateur;* celui qui le reçoit s'appelle *donataire*. Puisque dans la donation, on transfere le domaine de la chose qu'on donne (§. CCLVIII.), *l'acceptation est requise pour la donation* (§. CCCXVI.); *il dépend de la volonté du donateur de donner ou non, & quand, & sous quelle condition il voudra* (§. CCCXIV.); &, par conséquent, *il n'est point nécessaire que la cause de la donation soit exprimée* (§. LXXVIII.). Il paroît au reste, que *ce que nous avons démontré sur le don en général* (§. CCLVIII.), *doit s'appliquer à la donation*, *aussi-bien*, par conséquent, que *ce que nous avons démontré touchant la promesse.* (*b*) *De la donation.*

§. CCCCLXXVI. Puisque la donation est un bienfait (§. CCCCLXX. CCCCLXXV.); *le donataire est obligé à rendre graces au donateur, & à la reconnoissance* (§. CCCCLXXIV.): mais comme ce n'est qu'une chose de devoir (§. LXI.), le donateur ne l'y ayant pas obligé parfaitement (§. CCCLXXX.), *naturellement la donation ne peut être révoquée pour cause d'ingratitude.* *De la reconnoissance du donataire.*

§. CCCCLXXVII. Le maître ne devant pas user de sa chose autrement, que ses devoirs ne l'exigent (§. CCII.); *le donateur doit faire, du droit de donner, l'usage que ses devoirs exigent;* ce qui cependant n'influe pas sur la validité de la donation (§. CCCCLXXV.). *Du droit interne de faire des donations.*

§. CCCCLXXVIII. Le *donateur* pouvant donner sous quelle condition il lui plaît (CCCCLXXV.; il *peut* aussi *ajouter à la donation quelque convention permise que ce soit*, telle que *la convention qu'on n'aliénera pas la chose donnee, qu'il pourra révoquer la donation, qu'il aura le droit de contraindre le donataire, ou son successeur, à quelque prestation.* Et *le donataire doit garder ces conventions ajoutées à la donation* (§. CCCCXXXVIII.). Il paroît au reste de-là, que *la donation peut se faire* aussi *sous condition, que le donateur conservera l'usufruit,* & par conséquent *la chose donnée reste alors au pouvoir du donateur* (§. CC.). *Des conventions attachées à la donation.*

§. CCCCLXXIX. Si le donateur donne parce qu'il doit mourir, par conséquent avec la réserve exprimée ou tacite, qu'il pourra révoquer la donation avant sa mort, s'il le trouve bon, cela s'appelle *donation pour cause de mort.* Comme il est certain, que nous mourrons un jour, quoique le jour de la mort soit incertain, *on peut donner pour cause de mort, non seulement quand on est malade*, *De la donation pour cause de mort.*

causam facit, quam ut liberalitatem & munificentiam exerceat: hæc proprie donatio appellatur. l. 1. ff. de donat. La donation n'a aucun effet, si elle n'est pas acceptée. *Non potest liberalitas nolenti adquiri. l. 19. §. 2. eod.* Voyez encore *l. 10. eod.* PUFENDORF *Liv. V. Chap. IV. n. 1.* BARB. La donation se fait gratuitement, là où le don peut résulter de quelque obligation.

lade, ou qu'on est menacé d'une mort prochaine, mais aussi en pleine santé. Il paroît au reste, que *la donation pour cause de mort ne devient irrévocable que par la mort*, & que, *si une chose donnée pour cause de mort est aliénée par le donateur, la donation est révoquée par le fait.* (*i*)

Donation entre vifs. §. CCCCLXXX. A la donation pour cause de mort, est opposée *la donation entre vifs*, qui s'appelle aussi simplement *donation*, parce qu'elle est irrévocable.

Du cas où le donataire meurt le premier. §. CCCCLXXXI. La donation entre vifs étant d'abord valide, (§. CCCCLXXX.), mais la donation pour cause de mort, qui peut être révoquée avant la mort du donateur, ne subsistant pas avant que le donateur soit mort, sans l'avoir révoquée (§. CCCCLXXIX.); *si le donataire meurt le premier, la donation pour cause de mort n'a pas lieu; cependant la donation entre vifs subsiste, quand même la chose n'auroit pas été livrée.*

De la donation rémuneratoire. §. CCCCLXXXII. On appelle *donation rémuneratoire*, ou *récompense*, la donation qui se fait pour les services rendus, ou quelques bienfaits accordés au donateur par le donataire. On dit au reste, qu'*on rend un service* à quelqu'un, quand on travaille à lui être utile en quelque chose, ou qu'on fait quelque chose, qui contribue à son avantage ou à son agrément. *Nous sommes obligés naturellement aux dona-*

§. CCCCLXXIX. (*i*) La doctrine de l'Auteur répond à celle du Droit Romain, interprétée suivant l'opinion des Jurisconsultes, qui prétendent que le Droit Romain admet aussi la donation pour cause de mort, dans celui qui ne le fait, que par la seule réflexion de la nécessité de mourir, attachée à la condition humaine, & qui se fondent principalement sur la *l.* 2. *l.* 31. §. 2. & en particulier sur la *l.* 35. §. 4. *ff. de mort. caus. don.* Le manque d'une définition générique, paroît avoir donné lieu à une diversité d'opinions entre les Interprêtes: les uns prétendant, que, selon le Droit Romain, la donation pour cause de mort, suppose toujours dans le Donatur l'idée ou la crainte d'une mort prochaine, causée par quelque péril présent ou futur, auquel on est, ou sera exposé; quoique l'événement soit incertain. C'est-là l'opinion du Jurisconsulte HOTTOMAN: elle paroît assez conforme au texte des *Institutes*, & il en donne d'ailleurs des raisons très-spécieuses. Ce qui se donne (dit-il) pour cause de mort ne se donneroit pas, si cette cause n'avoit pas lieu; donc une donation pour cause de mort ne peut avoir lieu, sans qu'il y ait un danger de mourir. L'expression-même, *cum quis magis se habere vult, quam eum, cui donat, magisque eum cui donat, quam heredem suum. l.* I. & 35. *ff. de mort. caus. don.* cette expression, dis-je, qui développe en quelque maniere l'idée des Jurisconsultes Romains, lui paroît favorable à son opinion. Il la cite, & oppose ensuite la donation pour cause de mort au vœu: l'une (dit-il) se fait sous la condition, *si je meurs*, l'autre sous celle, *si je ne meurs point:* il en conclut que la donation devient nulle par le fait, dès que le danger est passé: poussant son argument, il en déduit ensuite, que la donation a deux propriétés; la premiere, que le danger de mort en est la cause; la seconde, que cette donation perd son effet, dès que le danger est passé. Il y a plus d'une remarque à faire, sur le raisonnement de ce célebre Jurisconsulte: premiérement il n'est pas ici question de ce qu'on devroit signifier naturellement, par l'expression d'une donation pour cause de mort; mais de ce que les Jurisconsultes Romains ont désigné par-là. En second lieu, dans la supposition-même, que la donation pour cause de mort exigeât un danger, il n'en résulte point, qu'il faudroit un danger réel. Le texte des *Institutes* porte: *quæ propter mortis fit suspicionem:* il exige une appréhension, une crainte. En troisieme lieu, le raisonnement de HOTTOMAN peche par un vice de Logique: il suppose qu'on ne peut avoir la crainte de mourir, sans qu'il y ait un danger qui la produise: or il est bien incontestable, qu'on peut être saisi de cette crainte, non-seulement dans la vue d'un danger, mais en pensant uniquement à la fragilité humaine, par laquelle on est exposé à perdre la vie à chaque moment: cette idée seule suffit souvent pour faire naître la crainte. Ce n'est donc pas le danger qui est cause de la donation, comme HOTTOMAN le prétend; mais c'est la crainte: or il n'importe comment cette crainte nous vient; l'idée de la fragilité humaine suffit pour l'exciter; & conséquemment elle suffit aussi pour nous porter à une donation, dont il s'agit ici: *sufficere existimationem donantis hanc esse, ut moriturum se putet: quam juste nec ne susceperit non quærendum*, dit NERATIUS *in l.* 43. *de mort. caus. don.* où nous appre-

nations rémuneratoires, *si elles sont en notre pouvoir*, puisqu'on les fait par reconnoissance (§. CCCCLXXIV.), sur-tout *si on les fait pour cause de mort* (§. CCCCLXXIX.); *& l'on ne doit point les révoquer*, *à moins qu'on n'ait besoin de la chose donnée*, *pour subvenir à sa propre nécessité*, *ou à celle des siens*, *en quoi il faut s'en remettre à la volonté de chacun* (ibid.).

§. CCCCLXXXIII. On appelle *donation réciproque*, celle qui se fait sous condition, que vous me donniez quelque chose à votre tour. *Elle est* donc *équivalente à une donation à laquelle on attache une charge* (§. CCCCIX.); mais comme les deux donations se font gratuitement (§. CCCCLXXV.), *dans la donation réciproque on ne taxe pas la valeur des choses.* *De la donation réciproque.*

§. CCCCLXXXIV. On appelle *prise pour cause de mort* *, l'acquisition d'une chose en vue de la mort d'autrui, mais non d'une chose qui soit entre les biens du défunt: quoique le Jurisconsulte JULIEN *l.* 18. *ff. de mort. c. donat. & cap.* prenne ce terme dans un sens général, y comprenant la donation pour cause de mort. *C'est* donc *une prise pour cause de mort*, *si je vous donne quelque chose en vue de la mort d'un autre.* Si, par exemple, je vous donne dix écus, parce que vous m'annoncez la mort de mon parent, qui m'a institué héritier, ou de mon ennemi qui pouvoit me nuire, de même encore, *si je vous promets quelque chose de l'héritage qui* *Prise pour cause de mort.*

* mortis causa capio.

prenons, que ce sentiment étoit le plus adopté. En vain, dira-t-on, que, si l'idée seule d'être mortel suffit, pour la donation pour cause de mort, il n'y aura aucune raison pour la révoquer; puisque cette cause est permanente: en vain, soutiendra-t-on, avec HOTTOMAN, que la révocation de ce don doit toujours être supposée se faire, lorsque la raison qui nous a fait donner, cesse, sans quoi il ne résulteroit pas de la nature de ce don qu'il fût révocable: & en vain ajoutera-t-on, que les Jurisconsultes Romains semblent avoir attaché, à l'idée d'une donation pour cause de mort, celle d'une cause ou d'un motif, qui n'ayant pas lieu redonnoit au donateur, la faculté de reprendre son don: car quoiqu'il soit vrai, que dans certains cas une pareille donation est censée se révoquer par le fait, dès que le motif, qui paroît l'avoir fait faire, cesse, cette raison cependant ne peut pas être admise universellement, & ne peut tout au plus s'appliquer qu'aux cas, dans lesquels il paroît que quelque danger nous a porté à craindre quelque accident funeste, & par-là à faire la donation: d'ailleurs comme, suivant l'esprit du Droit Romain, il n'étoit pas de l'essence de la donation pour cause de mort, qu'il y eut eu un danger, il n'étoit pas essentiel non plus que le danger fût passé pour pouvoir la révoquer. La crainte étoit le motif qui faisoit donner; la crainte passée, la donation devenoit révocable: & qui pouvoit juger, si la crainte subsistoit ou ne subsistoit point? Le donateur seul. A la vérité, quoique le Droit Romain paroisse assez décisif sur ce point, ainsi qu'on le voit aux *ll.* citées ci-dessus, il y a pourtant bien des endroits dans le titre des *ff. de mort. cauf. don.* qui feroient penser, qu'il falloit réellement qu'un donateur se trouvât dans quelque danger, pour faire cette sorte de donation. Le texte des *Institutes* semble le supposer; & la différence entre l'opinion de FULCINIUS & de NERATIUS, exposée dans la *l.* 43. *de mort cauf. don.* prouve bien, que les Jurisconsultes Romains n'ont pas été eux-mêmes d'accord sur ce point. Il ne faut donc pas s'étonner de trouver une diversité de sentiments dans les Interprêtes. Tout dépend du plus ou du moins d'étendue, à donner au sens de ces paroles, *propter mortis suspicionem*; ou plutôt tout vient de ce que les Jurisconsultes Romains n'ont pas été assez attentifs à donner des définitions: car personne, je l'espere, ne nous vantera, comme une bonne définition ces paroles de MARCIEN, *l.* I. *ff. de mortis cauf. don.* *Mortis causa donatio est, cum quis magis habere se vult, quam eum, cui donat; magisque eum, cui donat, quam heredem suum.* Et cependant c'est-là le seul endroit, par lequel on peut raisonnablement expliquer ce qu'il faut entendre par le *mortis suspicio.*

Notre Auteur définit la donation pour cause de mort, par une donation qui se fait parce qu'on est mortel; & il en déduit que celui, qui par ce motif fait une donation, doit être censé le faire par la raison, qu'il juge de n'avoir plus besoin de la chose; & conséquemment sous la condition tacite, à moins que lui-même, avant sa mort, ne juge en avoir besoin; d'où il déduit la réserve du droit de révoquer la donation. On peut voir dans son grand ouvrage, *P.* IV. *§.* 139. comment ces idées générales peuvent être appliquées au Droit Romain.

(*) Nous-

qui m'est échu, les biens qui étoient au défunt, étant déjà devenus les miens, *l'acquisition de cette chose est une prise pour cause de mort.*

Ce que c'est que superflu.

§. CCCCLXXXV. Comme on appelle en général *superflu*, ce sans quoi on peut obtenir le but; ainsi par rapport aux choses que nous avons, on appelle *superflu* ce que nous avons au-delà des choses, qui suffisent à la nécessité, à l'utilité, à l'agrément & à la décence.

Des richesses.

§. CCCCLXXXVI. On donne le nom de *richesses* à un patrimoine, qui contient du superflu. *Le degré de richesses est* donc *plus grand, ou plus petit, selon qu'il y a plus ou moins de superflu dans le patrimoine, & l'on doit estimer les richesses, sur la qualité & la condition de la personne.* De-là l'on appelle *riche* celui, dont le patrimoine contient du superflu; & *opulent* celui, qui a de grandes richesses, ou qui a de tout en abondance. *Le riche a* donc *plus que ce qui suffit pour passer la vie commodément, agréablement & décemment.* On appelle un *état aisé* celui, où l'on n'a pas au-delà de ce qui suffit pour la nécessité, la commodité, l'agrément & la décence de la vie; c'est un état mitoyen entre les richesses & la pauvreté, & dans lequel on peut encore distinguer différents degrés d'aisance, par rapport à la commodité, l'agrément & la décence (*).

De la pauvreté, de l'indigence, & de la mendicité.

§. CCCCLXXXVII. Au contraire on appelle *pauvre* celui, dont le patrimoine ne contient que les choses nécessaires; *indigent* celui, qui manque même des choses nécessaires; & si quelqu'un est dans une si grande disette, qu'il manque même des choses, qui sont de la derniere necessité, on dit qu'il est réduit à la *mendicité*, que l'on appelle *mendicité à temps*, si elle n'est que pour un certain temps, comme, par exemple, si l'on est malade, ou qu'on n'ait pas l'occasion de gagner quelque chose par son travail.

De l'aumône, & à qui il faut la donner.

§. CCCCLXXXVIII. Ce que l'on donne pour subvenir aux dernieres nécessités de la vie, s'appelle *aumône; mendier*, c'est demander l'aumône. *Il faut* donc *donner l'aumône, à ceux qui sont réduits à la mendicité* (§. CCCCLXXXVII.). Mais comme nous ne sommes pas obligés de faire pour un autre, ce en quoi il n'a pas besoin de notre secours (§. XLIV.); *il n'est permis de mendier qu'à ceux, qui, soit par le manque de forces, soit par le défaut d'occasion de travailler, ne peuvent acquérir ce qui suffit pour la nécessité de la vie, & il faut donner l'aumône à ceux qui sont dans ce cas.* Et de peur qu'on ne refuse l'aumône, à ceux qui en ont besoin; *dans les cas douteux, il faut s'en remettre au jugement du mendiant sur sa mendicité.*

Jusqu'à quel point il est permis de mendier, & comment il faut se servir des aumônes.

§. CCCCLXXXIX. Puisque l'aumône ne se donne, que pour subvenir aux dernieres nécessités, & qu'il n'est permis de la demander que pour cela (§. CCCCLXXXVIII.), *il n'est pas permis de mendier plus, que ce qui suffit pour subvenir aux dernieres nécessités, & c'est abuser de l'aumône, que de l'employer à la commodité ou à l'agrément de la vie.* Mais *si quelqu'un donne de lui-même à un mendiant, plus que ce qui suffit pour subvenir à la nécessité*, comme il lui fait alors une donation (§. CCCCLXXV.), & qu'il dépend de la volonté du donateur de donner, ou non (ibid.), *il n'est pas douteux, qu'il ne soit permis au mendiant de la recevoir.* Et comme *le mendiant* est maître de l'aumône qu'il a reçue (§. CCLVIII.), *s'il abuse de l'aumône, il faut laisser cela à sa conscience* (§. CCII.).

§. CCCCXC.

(*) Nous remplaçons par ce dernier article, des définitions que donne Mr. Wolf de quelques termes *Allemands*, qui expriment à-peu-près le sens de ce que nous disons ici. R. d. T.

§. CCCCXC. Comme par l'introduction des domaines, on n'a pu ôter absolument à personne l'usage nécessaire des choses (§. CCCIV.); *ceux qui peuvent donner l'aumône, sont obligés à le faire selon la mesure de leurs facultés.* C'est pourquoi non-seulement, *les riches sont obligés à donner l'aumône, & les opulents à la donner à plus de gens, & plus abondamment* (§. CCCCLXXXVI.), mais même *si le pauvre n'est pas dans une si grande disette, qu'il ne puisse retrancher quelque chose sur son nécessaire, sans négliger son devoir envers soi-même & envers les siens, il est obligé à donner une aumône modique*, & même encore, *si un mendiant a acquis, en mendiant, plus que ce qui suffit pour la nécessité présente, & qu'il voie un autre en manquer, il doit lui donner quelque aumône.* Et comme depuis l'introduction des domaines, ce qu'on fait gratuitement, pour subvenir à l'extrême nécessité des autres, est équivalent à l'aumône (§. CCCXVII. CCCCLXXXVIII.), *les pauvres, les indigents & même les mendiants doivent faire gratuitement, ce qu'ils peuvent, pour soulager les autres dans leur nécessité.* Mais *celui, qui n'a que ce qu'il faut pour subvenir à ses propres nécessités, n'est pas obligé à donner l'aumône* (§. CXXXIII.). Et comme l'aumône est une sorte de bienfait (§. CCCCLXX. CCCCLXXXVIII.), & que personne ne peut être contraint à accorder un bienfait (§ CCCCLXXIII.), *un mendiant ne peut* aussi *contraindre personne à lui donner l'aumône;* par conséquent *si on la refuse à sa demande, & même à ses instantes prieres, il doit le souffrir, & demander l'aumône à d'autres.* *Qui sont ceux qui doivent donner l'aumône.*

§. CCCCXCI. Puisque nous devons, autant que nous le pouvons, secourir les autres, qui ont besoin de notre secours (§. XLIV.), & que la loi naturelle nous donne droit aux actes, sans lesquels nous ne pouvons remplir notre obligation (§. XLVI.); *il est* aussi *permis de demander l'aumône, pour subvenir à l'extrême nécessité des autres;* malgré quoi cependant *celui, qui recueille des aumônes pour les autres, n'est pas dispensé de l'obligation, de donner lui-même l'aumône de ses propres biens* (§. XLII.). *De la collecte des aumônes pour d'autres.*

§. CCCCXCII. On appelle *misérable* celui, qui éprouve beaucoup de maux, ou de grands maux, sur tout du corps & de la fortune. *Les indigents & les mendiants sont* donc *misérables* (§. CCCCLXXXVII.). On appelle *miséricordieux*, ou *compatissant*, celui pour qui la misere d'autrui, est un motif de le délivrer gratuitement des maux qui l'affligent, ou du moins de les lui rendre supportables, autant qu'il le peut. Puis donc que nous devons prendre garde, autant que nous le pouvons, que les autres ne tombent pas dans les maux de l'ame, du corps & de la fortune (§. CXXXIV.), & par conséquent, avoir soin qu'ils en soient délivrés, ou du moins, que ces maux leur soient rendus supportables; *nous devons* être miséricordieux, ou *avoir de la compassion.* *De la compassion.*



CHAPITRE X.

Du prix des choses, & de l'argent. (†)

Prix des choses & des travaux, ce que c'est, & la nécessité.

§. CCCCXCIII. Si je vous donne la chose A, & que vous deviez me donner autant, par exemple, de la chose B, il faut que la quantité de B soit déterminée par A, sans prendre une troisieme chose homogene, ou de même nature. Les Mathématiciens appellent *raison* ce rapport de A à B. *Quand* donc *on ne doit pas donner, ou faire quelque chose gratuitement, il faut qu'on détermine la raison, tant des choses corporelles & incorporelles, que des travaux entr'eux, & des choses par rapport aux travaux*, & comme cette raison ne s'y trouve pas naturellement, puisque ce sont des choses *hétérogenes*, ou de différente nature, c'est-à-dire, dont l'une

(†) Chap. X. Les choses physiques contribuent à l'harmonie de l'Univers physique, & chaque corps, quelque petit qu'il soit, y a sa portion, que l'on peut nommer valeur : les actions des hommes, de quelque peu de considération qu'elles puissent paroître, contribuent de même à l'harmonie de l'Univers physique : elles contribuent d'ailleurs encore à l'harmonie de l'Univers moral : par-là elles ont en soi, ou par l'effet qu'elles produisent en général, une double valeur. Ainsi qu'un corps est relativement à un autre corps, ou plus pesant, ou plus étendu, d'une matiere ou espece différente; de même les actions humaines sont différentes les unes des autres, souvent de différente nature, & conséquemment de différente valeur. Outre la valeur différente que les actions humaines ont relativement à l'Univers considéré en général, elles en ont encore une relative, par rapport à ceux, sur lesquels elles ont une influence particuliere ; & c'est ainsi, que toutes les choses, ainsi que toutes les actions des hommes ont une valeur, relative à ceux, qui peuvent être portés à les desirer plus ou moins. Un homme peut desirer ce qui est au pouvoir d'un autre, & posséder ce qu'un autre peut desirer; les desirs mutuels des hommes donnent, par conséquent, aux choses physiques & aux actions humaines une valeur relative, dont le plus ou le moins dépend uniquement de ces desirs. Plus il y a d'êtres qui se portent vers les mêmes objets, & moins ces objets sont nombreux, plus la valeur de ces objets augmente, & *vice versa*; de sorte que la valeur des choses & des actions humaines, est (que l'on me permette ici une expression de Géometrie) en raison directe du nombre de ceux qui les desirent, & en raison inverse de leur multiplicité, ou multitude. Or comme la valeur des choses de différente espece, ne peut mieux se déterminer, que par une commune mesure, les choses physiques & les actions humaines, étant pour la plupart hétérogenes, c'est-à-dire, d'une nature, à ne pouvoir gueres être comparées au juste les unes aux autres, & encore moins à être estimées ou mesurées les unes par les autres, & les différents desirs des hommes rendant cette estimation, & cette mesure encore plus difficiles; les hommes d'ailleurs étant néanmoins obligés de faire échange de choses & d'actions, ils ont, de tout temps, cherché une commune mesure, c'est-à-dire, quelque chose, que tous les hommes puissent être dans l'obligation de desirer & de rechercher; & qui par-là pût servir à déterminer la valeur des choses & des actions humaines, relativement à leurs besoins ; & à faciliter leurs opérations. Ceux qui sont curieux de voir les conjectures, que l'on fait sur l'origine des métaux, comme premiere mesure, sur le temps que l'on a commencé à les réduire en monnoie, & ce qui a rapport à cette matiere, pourront se satisfaire en lisant *le Droit de la Nat. & des Gens*, par Pufendorf, *L.* v. *Ch.* i., & les Auteurs que l'on trouve cités dans les notes au *Ch.* xiv. *L.* i. *de Off. hom. & civ.* Ed. de *Leyde* 1769. Je touche uniquement cet objet, afin de faire remarquer que les hommes, ayant nécessairement besoin d'une commune mesure, pour se communiquer leurs travaux & leurs biens, dès qu'il ne s'agit pas d'une chose faite ou donnée gratuitement, notre Auteur traite, dans ce Chapitre, de la différente valeur des choses, & de la maniere de la déterminer, avant de passer aux opérations sociales, qui supposent une valeur, que l'on nomme *prix*. En comparant ce qu'il en dit, à ce que l'on en trouve ailleurs, on ne pourra qu'admirer sa briéveté & la maniere concise & distincte, avec laquelle il expose & développe un sujet, qui, quoique simple par lui-même, ne laisse pas de donner souvent lieu dans les Tribunaux à des discussions très-

l'une prise un certain nombre de fois ne peut devenir égale à l'autre, ou la surpasser, *cette raison doit être déterminée au gré des hommes. Il faut* donc pour cela *attribuer aux choses quelque quantité, selon laquelle une chose puisse être comparée à l'autre.* Cette *quantité* feinte, que PUFENDORF appelle *morale*, par opposition à la quantité *physique*, qui est dans les choses, ou qui est censée être dans les travaux, cette quantité feinte, dis-je, attribuée au gré des hommes aux choses & aux travaux, pour qu'on puisse déterminer la raison, qu'il y a entre les uns & les autres, s'appelle *le prix des choses & des travaux*, avec l'épithete de *vulgaire.* (*k*)

§. CCCCXCIV. Le nombre des choses & des travaux différents, s'étant multiplié, comme il n'arrive gueres que, dans les actes d'échange, chacun ait besoin de la même chose ou du même travail d'autrui, qu'il peut donner, ou faire à son tour, pour qu'on pût mesurer d'autant plus commodément, & pour l'utilité commune de tous, cette quantité feinte, il a fallu prendre quelque quantité physique déterminée, de quelque chose corporelle, par laquelle on pût mesurer celle-là. Et

Ce que c'est que l'argent, & son usage.

très-épineuses & très-difficiles, ou qui du moins paroissent telles. On peut en voir des échantillons dans une petite piéce Académique de Mr. F. W. PESTEL, qui remplit si dignement la Chaire de Professeur en Droit public à notre Université de *Leyde.* Cette piéce a pour titre: *Animadversionum Forensium Specimen primum: de pretio permutationis numorum, vulgo* VON DEM AUFGELDE.

§. CCCCXCIII. (*k*) Les choses (dit notre Auteur) n'ont par elles-mêmes rien, par quoi l'on puisse déterminer leur *raison:* cependant pour pouvoir les évaluer les unes avec les autres, il faut pouvoir déterminer cette raison: donc c'est aux hommes à déterminer cette raison comme ils le jugeront à propos: (*arbitrio hominum determinanda*). De-là il conclut, qu'il faut attribuer aux choses une certaine quantité, au moyen de laquelle on peut les comparer les unes aux autres: il nomme cette quantité *factice* ou *feinte.* Je ne vois pas trop la justesse de ce raisonnement-ci: „ les choses n'ont en elles-mêmes „ rien, par quoi on puisse les évaluer ou mesu„ rer ensemble, donc c'est aux hommes à déter„ miner leur raison, & à leur attribuer à leur gré „ une quantité:" cet argument suppose, qu'il n'y a rien hors de ces objets, qui supplée à ce que l'on trouve manquer dans les objets-mêmes; & cela n'est pas exactement vrai, puisque les desirs des hommes servent à déterminer la raison que les choses ont entr'elles: c'est le concours de ces desirs, produits par les nécessités & les commodités de la vie, joint au plus ou moins qu'il y a de ces choses, & à la facilié de s'en pourvoir, qui détermine la quantité, que notre Auteur nomme *feinte* ou *factice.* Dans son grand Ouvrage il cite le §. 126. de son Arithmétique, comme contenant la preuve de ce qu'il avance ici: mais on ne trouve rien dans ce paragraphe qui y satisfasse.. Il ajoute ici, que PUFENDORF nomme *morale* cette quantité feinte, par opposition à la *physique:* mais il se trompe, ce me semble: PUFENDORF nomme *quantité morale*, cette valeur intrinseque des choses, qui est relative au bien & à l'utilité, que les hommes en peuvent retirer, par opposition à l'estimation qu'elles admettent par rapport à leur substance physique. PUFENDORF ne fait pas dépendre cette quantité du gré des hommes: au contraire il la fait dépendre du plus ou du moins, *qu'elles sont de quelque usage dans la vie, & qu'on les compare ensemble, pour les rendre propres à entrer dans le Commerce.* Les choses peuvent nonseulement avoir, mais elles ont en effet hors d'elles des caractères, qui fixent ou qui peuvent fixer *la raison*, dont il s'agit ici. L'Etre, par exemple, qui verroit toutes les combinaisons des choses, pourroit fixer combien une chose vaudroit plus qu'une autre, à telle ou telle personne. D'ailleurs quoique les choses soient hétérogenes, & ne présentent point par elles-mêmes, de quoi fixer la raison qu'elles ont entr'elles; elles ont cependant des caracteres, qui les font plus ou moins desirer par les hommes, ou point desirer du tout: c'est ce qui rend un objet plus ou moins desirable, ou point desirable; c'est proprement cela que PUFENDORF désigne par *quantité morale.* Le prix des choses ne dépendra donc pas du gré des hommes, mais de ce qui se trouve dans les choses relativement à leurs besoins, à leurs goûts & à leurs penchants; & du plus ou du moins qu'il y en aura, & qu'il y aura de facilité à s'en pourvoir. On n'a qu'à réfléchir à ce qui passe dans les marchés publics, & aux opérations qui se font dans une assemblée, telle qu'est celle de la Bourse d'*Amsterdam* ou de *Londres*, pour se convaincre, qu'il n'y a rien d'arbitraire dans le prix des choses.

 (*) Nous

Et l'on appelle *argent* (*) cette chose corporelle, dont une certaine quantité déterminée est prise pour mesure commune du prix de quelque chose que ce soit, corporelle, & incorporelle, & des travaux. On pourroit donc aussi définir l'argent, en disant que c'est la mesure commune du prix des choses & des travaux. Ainsi *les prix des choses & des travaux sont proportionnels à l'argent, ensorte qu'un argent, ou une somme double, détermine un double prix des choses & des travaux*, & ainsi du reste. Par-là *l'argent peut être donné pour quelque chose, & quelque travail que ce soit; & chacun peut acquérir d'un autre, pour de l'argent, quelque chose, & quelque travail que ce soit.* Et ainsi *dans les actes d'échange, l'argent tient lieu de choses & de travaux.* (*l*)

Du prix éminent. §. CCCCXCV. *Le prix* de quelque chose, ou de quelque travail, déterminé par une certaine quantité d'argent, s'appelle *éminent*. Le prix éminent prenant la place du prix vulgaire (§. CCCCXCIII. CCCCXCIV.); *les prix vulgaires des choses sont comme les prix éminents, & au contraire:* par exemple, si huit gros sont le prix d'un muids d'avoine, & que douze gros soient le prix d'un muids d'orge, la raison ou le rapport des prix éminents est de 8 à 12, ou de 2 à 3; & telle est aussi la raison des prix vulgaires, puisqu'en échangeant l'avoine contre l'orge, un muids d'avoine est équivalent aux deux tiers d'un muids d'orge. Il paroît encore, que *les prix, soit éminents, soit vulgaires, des choses & des travaux de même espèce, sont proportionnels à leur quantité physique.* (*m*)

De la quantité physique. §. CCCCXCVI. La quantité physique des différentes choses corporelles, est déterminée par une certaine mesure, comme le montre l'expérience ordinaire; & la quantité des choses incorporelles s'estime par l'utilité qu'on en retire; ainsi le droit de prendre des oiseaux dans un certain district, s'estime par le nombre des oiseaux qu'on peut prendre dans une année, après avoir déduit le prix des travaux, & les autres frais. Enfin la quantité des travaux s'estime, ou par la longueur du temps qu'ils ont duré, ou par la quantité de l'effet qu'ils ont produit.

Du prix primitif & dérivé. §. CCCCXCVII. Nous distinguons le prix primitif du dérivé. Nous appellons *prix primitif*, le prix d'une quantité physique de quelque chose, ou de quelque travail qu'on a défini par une certaine mesure, lorsque ce prix est déterminé par une certaine quantité d'argent, & qu'on le prend comme une mesure en son genre. Et nous appellons *prix dérivé* celui, qui répond proportionnellement

(*) Nous ne pouvons traduire *pecunia* par le mot de *monnoie*, dont nous aurons besoin dans un autre sens au §. DII. L'équivoque du mot d'argent, dans le sens où il est pris ici, avec argent désignant le métal, n'est pas à craindre. R. d. T.

§. CCCCXCIV. (*l*) La valeur ou quantité morale des choses, relativement aux hommes, dépendant, comme je l'ai remarqué ci-dessus, en grande partie des desirs des hommes; il faut, lorsqu'on souhaite une chose, pouvoir indiquer à celui qui en est en possession, l'intensité ou la force de notre desir: ou, pour indiquer aux autres, combien on souhaite une chose, que l'on n'a point, ou combien on souhaite garder une chose que l'on a, il faut un objet qui y soit propre: & c'est cela proprement qu'opere l'argent: l'usage de l'argent ne tend qu'à marquer la force de nos desirs. Or quoiqu'il dépende des hommes, de prendre pour cet usage tel objet qu'ils jugent convenable, & qu'on se soit servi & qu'on se serve encore, dans certaines occasions, de différents objets, cependant de tous les corps, il n'y en a point de plus propre que les métaux, & en particulier l'or, l'argent & le cuivre. On peut en voir les raisons particulieres dans PUFENDORF *de Off. Hom. & Civ. L.* I. *C.* XIV. §. 8. *Droit de la Nature & des Gens, L.* V. *Ch.* I. §. 13. & dans les notes sur ces endroits. En conséquence des réflexions que je viens de faire, je ne dirois point, que la monnoie est la commune mesure du prix des choses, mais la commune mesure des

ment à une quantité, plus grande ou plus petite de la même chose, ou du même travail. (*)

§. CCCCXCVIII. Puisque n'étant obligé de donner à un autre gratuitement, si cet autre peut à son tour donner ou faire quelque chose (§. CCCCLXXIII.), & comme on peut se procurer pour de l'argent, toutes sortes de choses & de travaux (§. CCCCXCIV.); *les prix primitifs des choses & des travaux, doivent être déterminés de façon, qu'aucune personne, qui veut travailler, ne manque des choses nécessaires* (§. CXXI.): par conséquent *les prix des choses nécessaires doivent être déterminés de façon, qu'on puisse se les procurer au prix d'un travail facile, & plus elles sont en abondance, & moindre doit être leur prix.* Mais comme nous n'avons pas un aussi grand besoin des choses utiles, & sur-tout des choses agréables, que des nécessaires (ibid.); *si nous ne regardons qu'à l'usage, il est permis de mettre un plus grand prix aux choses utiles qu'aux nécessaires, & un plus grand aux choses agréables qu'aux utiles.* Cependant comme on ne peut obliger personne, à se procurer les choses à tel ou tel prix, puisqu'il peut disposer de son argent à son gré (§. CXCV.); *les prix des choses, en particulier des choses utiles, & sur-tout des choses agréables, doivent être déterminés, de maniere que les autres veuillent bien se les procurer à un tel prix.* Par la même raison, *dans l'état de nature, les prix ne peuvent être déterminés, que par un consentement mutuel.* (*n*)

De la détermination du prix des choses.

§. CCCCXCIX. Un *prix raisonnable* est celui, qui est déterminé conformément au droit naturel, de maniere qu'on ne fasse rien qui soit contre les devoirs, & contre les droits qui en naissent. Un *prix déraisonnable* est le contraire. Mais comme en cela il faut s'en rapporter au consentement commun de ceux, qui échangent les choses & les travaux (§. CCCCXCVIII.); *on estime raisonnable le prix qui a été introduit quelque part, dans les actes d'échange, par le consentement commun des hommes.* Comme cependant le changement de circonstances, doit faire varier le prix des choses & des travaux, ce qu'il feroit trop long de montrer ici plus en détail; *un prix, qui étoit raisonnable dans un temps, peut être déraisonnable dans un autre.*

Du prix raisonnable, & déraisonnable.

§. D. Au reste le prix des travaux prend le nom particulier de *salaire*, alors le mot de prix, dans un sens plus restreint, dénote, par opposition au salaire, le seul prix des choses.

Du salaire.

§. DI.

desirs des hommes; de la rareté des choses desirées, de la facilité à se les procurer; enfin de tout ce qui sert à en déterminer le prix; que c'est à cause de cela, que les prix des choses & des travaux sont proportionnés à l'argent (*pecuniæ*), & qu'on peut le prendre pour une commune mesure des choses & des travaux-mêmes.

§. CCCCXCV. (*m*) J'ai fait voir ci-dessus d'où dépend proprement le prix des choses: cependant on leur fixe quelquefois un prix arbitraire, & les Souverains le font ordinairement par rapport aux denrées: ce prix fixé aux choses, par une certaine quantité d'argent, est ce que notre Auteur nomme *prix éminent*: d'autres entendent par éminent, celui que les Souverains fixent aux métaux réduits en monnoie. Le prix d'un Ducat varie en Hollande, suivant que l'or y est plus ou moins rare: mais les *Ryers* sont toujours quatorze florins: c'est-là un prix fixe, déterminé par le Souverain, & qui par conséquent est éminent, comme celui d'un Louïs est de vingt quatre livres tournois en France.

(*) Ainsi qu'un boisseau d'avoine coûte huit gros, c'est-là le prix primitif de l'avoine, sur ce pied six boisseaux coûteront 48. gros, c'est-là un prix dérivé. R. d. T.

§. CCCCXCVIII. (*n*) Notre Auteur ayant supposé §. CCCCXCIII. & croyant avoir prouvé, que les hommes doivent déterminer le prix des choses, indique ici en général ce qu'ils doivent observer, en le déterminant.

Matiere & forme de l'argent. §. DI. Puisque *l'argent* se donne pour quelque chose, & quelque travail que ce soit (§. CCCCXCIV.), & que par conséquent on le reçoit pour le donner à d'autres, & qu'ainsi il passe continuellement de main en main, il *doit être fait d'une matiere durable*, c'est-à-dire, *qui ne s'use pas facilement par l'usage, & qui ne se gâte pas en la gardant*, & comme il est commode, qu'on puisse donner à une petite quantité de matiere, dont il est formé, une valeur égale à celle des choses en grande quantité, il doit être fait *d'une matiere telle, qu'elle ne soit pas requise pour les choses artificielles, d'un usage fréquent & indispensable, & d'une matiere qui soit rare.* D'où l'on peut conclure aisémet, que *les métaux, tels que l'or & l'argent, sont très-propres pour cet usage.* Et comme chacun doit être certain de la valeur, & assuré que la matiere n'est pas falsifiée, il faut y marquer le rapport, qu'elle a à celle qu'on prend pour l'unité en comptant, & y mettre un signe de sa bonté intrinseque, c'est-à-dire, qu'*il faut marquer l'argent.* (*o*)

De la monnoie. §. DII. L'argent divisé en parties certaines, & marqué, s'appelle *monnoie.* Il paroît ainsi, qu'*on a dû introduire l'usage de la monnoie* (§. DI.), quoique quelques nations aient employé l'or & l'argent sans marque.

De l'estimation de la grandeur du patrimoine. §. DIII. Le prix de toutes les choses se déterminant par l'argent (§. CCCCXCIV.), *la grandeur du patrimoine s'estime* aussi *par l'argent*, & *l'on compte*, *que chacun a autant d'argent, qu'il en possède actuellement* (§. CCVII.). On appelle *argent comptant* celui, que quelqu'un a actuellement. *Les dettes* étant *exigibles*, si le débiteur peut donner ce qu'il doit, ou s'il est solvable, & étant *inexigibles*, si le débiteur n'est pas solvable, *dans l'estimation de la grandeur du patrimoine*, *les dettes exigibles sont équivalentes à l'argent comptant*, *mais l'on n'a aucun égard aux dettes inexigibles.* (*p*)

Comment on estime les richesses, la pauvreté, l'indigence, la mendicité. §. DIV. Puisqu'on est riche quand le patrimoine contient du superflu (§. CCCCLXXXVI.); *les richesses s'estiment par la quantité d'argent superflu* (§. DIII.); *l'on est pauvre*, *quand on ne peut acquérir par son travail qu'autant d'argent*, *qu'il en faut pour se procurer le nécessaire; celui qui ne peut même s'en procurer autant*, *est indigent; & celui qui ne peut pas seulement acquérir autant qu'il faut*, *pour se procurer ce qu'exige la derniere nécessité est un mendiant* (§. CCCCLXXXVII.).

Revenus, leur différence. §. DV. On appelle *revenus*, ce que nous acquérons par le moyen de nos choses, ou de notre travail. On appelle *annuels*, ceux que nous tirons dans l'espace d'une année; ils sont *fixes*, s'ils sont les mêmes chaque année; *variables*, s'ils sont une année plus grands, une autre plus petits, ou même nuls.

Dépenses, leur différence. §. DVI. On appelle *dépenses*, l'argent par lequel on se procure les choses qui se consument par l'usage, ou qui se détériorent, ou qu'on donne gratuitement aux autres. D'où il suit, que *les dépenses sont au nombre des frais* (§. CCLXXIX.).

Il

§. DI. (*o*) Voyez les Auteurs cités dans les notes de PUFENDORF *de Off. hom. & civ.* & PUFENDORF lui-même dans son grand Ouvrage, à l'endroit cité ci-dessus §. CCCCXCIV.

§. DIII. (*p*) L'argent étant le signe universel de tout ce qui constitue le prix des choses, toutes les choses s'évaluent, à cause de cela, par l'argent; c'est aussi par l'argent, qu'on évalue les possessions & les richesses.

§. DIX. (*q*) Ce paragraphe nous présente une idée distincte du mot de *luxe*, dont le sens vague donne souvent lieu à des déclamations d'autant plus inutiles, qu'elles s'étendent presque toujours à des dépenses superflues, en soi-même très-permises & très-utiles à la Société. Le meilleur remede contre le *luxe*, c'est-à-dire, contre les dépenses faites par ostentation, c'est celui que propose MONTAIGNE, dans un passage cité par BARBEYRAC dans la *n.* I. au §. 3. du *Droit de la Nature & des Gens*, *Liv.* VII. *Ch.* V. Tant que

les

Il y a des *dépenses ordinaires*, qui se font constamment, ou reviennent dans des temps réglés; & des dépenses *extraordinaires*, qu'il n'est nécessaire de faire que dans certains cas. Selon la diversité des choses, ou des frais, les dépenses sont ou nécessaires, ou utiles, ou d'agrément (§. CXXI. CCLXXIX.). Il y en a outre cela de *moins nécessaires*, qui se font pour se procurer des choses, dont on pourroit se passer; & d'*inutiles*, qui se font pour se procurer des choses, qui ne sont absolument d'aucun usage.

§. DVII. Puisque nous devons avoir soin de passer la vie commodément & agréablement (§. CXIX.), & même décemment (§. LV.), *nous devons travailler à acquérir autant d'argent, qu'il en faut pour passer la vie commodément & agréablement, & même décemment.* Il est au reste évident par soi-même, que cela ne doit pas s'étendre au-delà de ce qui est moralement impossible (§. XXXVII.). *Du soin d'acquérir de l'argent.*

§. DVIII. Personne ne devant user de ce qui est à lui autrement, que ses devoirs ne l'exigent (§. CCII.); *il ne faut* donc *dépenser son argent, que quand les devoirs l'exigent.* C'est pourquoi *il faut s'abstenir des dépenses absolument inutiles* (§. DVI.). Il paroît encore, que *les dépenses nécessaires doivent aller devant les utiles, & les unes & les autres, devant celles qui ne sont que d'agrément* (§. CXXII. DVI.); *celui qui a un mince patrimoine, doit s'abstenir des dépenses moins nécessaires* (§. CCVIII. DVI.); *mais le riche, & l'opulent peuvent faire en faveur des autres, qui ont grand besoin d'argent, des dépenses moins utiles & moins nécessaires* (§. CCCCLXXXVI. CXL. DVI.). Comme encore il peut subvenir des cas, qui exigent des dépenses extraordinaires, & dans lesquels nous ne pouvons rien acquérir, ou pas autant que des dépenses inévitables l'exigent, *il faut, soit dans l'acquisition, soit dans la dépense de l'argent, regarder aussi, autant qu'on le peut, à la nécessité à venir.* Enfin, comme nous devons, autant que nous le pouvons conserver & amplifier notre patrimoine (§. CCVIII.); *il faut avoir soin que nos dépenses n'excedent pas nos revenus annuels, mais au contraire qu'elles restent plutôt au-dessous* (§. DV. DVI.). *De la dépense de l'argent.*

§. DIX. On appelle *luxe*, la dépense qu'on fait de son argent pour la seule ostentation, comme donc il ne faut rien faire, en dépensant notre argent, qui soit contre nos devoirs (§. DVIII.), *le luxe est défendu par la loi naturelle.* Il differe de la *prodigalité*, qui consiste à faire plus, & de plus grandes dépenses, à proportion du patrimoine, que ne l'exige quelque devoir envers soi-même, ou envers les autres; d'où il paroît, comme ci-devant, que *la prodigalité est défendue par la loi naturelle* (ibid.). (q) *Du luxe & de la prodigalité.*

§. DX. Puisque nous ne pouvons pas, & qu'aussi nous ne devons pas employer plus de soins & d'industrie, qu'il n'est en notre pouvoir, à acquérir de l'argent, *En quoi il faut se reposer sur la providence, par rapport aux richesses.*

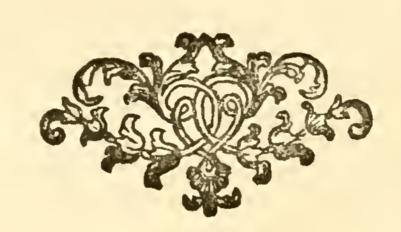
les Princes affecteront de la considération pour les Richesses; qu'un homme vêtu en or, sera mieux accueilli à la Cour, qu'un autre qui le sera simplement; tant qu'on n'estimera pas un homme suivant ses mérites personnels, ses vertus, ses talents, mais uniquement suivant le plus ou moins de terres qu'il possedera, l'antiquité de sa famille, ou les dépenses qu'il est en état de faire, le vulgaire, toujours entraîné par l'exemple des Grands, en fera autant. On jugera de l'habileté d'un Médecin & d'un Jurisconsulte, sur l'éclat & le brillant d'un équipage: on sera réputé docte ou ignorant, selon l'opulence dans laquelle on pourra vivre. Et pour s'accommoder à ces idées vulgaires, ceux, qui seroient le moins portés au luxe, seront obligés & quelquefois nécessités de s'y prêter malgré eux: le luxe ne provenant pas alors d'un simple motif d'ostentation, il ne sera pas non plus contre nos devoirs.

gent, & à conserver celui que nous avons acquis (§. LX.); *si quelqu'un a employé autant de soins & d'industrie, qu'il l'a pu, pour acquérir de l'argent, & conserver celui qu'il a, il doit s'en reposer du reste sur la providence, & être content de son sort* (§. CLXXIII.); par conséquent *il ne doit point se tourmenter, parce qu'il ne peut acquérir assez pour passer la vie commodément & agréablement, ou mettre quelque chose en réserve pour la nécessité à venir.*

Quels soins il faut se donner pour en acquérir. §. DXI. Puisqu'une obligation naturelle est immuable & nécessaire (§. XXXVIII.); *il n'est pas permis de donner plus de soins à acquérir de l'argent, qu'on ne le peut sans manquer à quelque obligation naturelle.*

Jusqu'à quel point on peut rechercher l'argent & les richesses. §. DXII. Comme naturellement les hommes n'ont droit à l'usage de toutes choses, qu'autant qu'ils ne peuvent sans cela satisfaire à leur obligation naturelle (§. CLXXXIII.), & comme, après l'introduction des domaines, ce droit étant devenu propre, de commun qu'il étoit (§. CXCIV.), & les actions des hommes, ou les travaux ayant passé sous le domaine (§. CCXXV.), l'argent a été imaginé, pour se procurer les choses & les travaux dont on a besoin (§. CCCCXCIV.); il s'ensuit que *l'argent*, & par conséquent *les richesses* (§. CCCCLXXXVI.), *ne doivent pas être recherchées pour elles-mêmes, mais pour que nous puissions nous procurer par leur moyen, les choses & les travaux dont nous avons besoin, pour satisfaire à notre obligation naturelle, & pour pouvoir soulager l'indigence des autres* (§. CCCCLXXXVIII.).

Du soin d'éviter la pauvreté, l'indigence & la mendicité. §. DXIII. La pauvreté, l'indigence & la mendicité, étant des maux de la fortune, ce dont personne ne doute, comme nous devons nous garantir des maux de la fortune (§. CIV.), *nous devons* aussi *prendre garde, autant que nous le pouvons, de ne pas tomber dans la pauvreté, ou dans l'indigence par notre faute, & de n'être pas réduits à la mendicité* (§. XVII.), *& nous devons, autant qu'il se peut, avoir le même soin par rapport aux autres* (§. CXXXIV.).



CHA-

CHAPITRE XI.

Des actes bienfaisants obligatoires, ou des contracts bienfaisants. (†)

§. DXIV. On appelle *contracts*, les actes qui contiennent une obligation parfaite. Ainsi les conventions & les contracts ne different pas naturellement les unes des autres (§. CCCCXXXVIII. CCCLXXX.). (*r*) *Du contract.*

§. DXV. On appelle *commodat*, ou *prêt à usage* (*), un contract bienfaisant, par lequel on accorde gratuitement à un autre, un certain usage d'une chose, qui ne se consume pas par l'usage; celui qui accorde cet usage, s'appelle *prêteur* ou *commodant*; celui à qui on accorde, *emprunteur* ou *commodataire*. D'où il suit, que *l'emprunteur*, ou *le commodataire est obligé à rendre la chose quand il a fini de s'en servir, & à la rendre en nature, ou en espèce* (§. CCCXVII.). On dit qu'on *rend une chose en espéce*, quand on rend la même chose en nombre qu'on a reçue; on la *rend en genre*, si l'on rend une autre chose de la même espéce, ou autant de la même espéce (†). Au reste *dans le prêt à usage, on donne gratuitement l'usage de la chose, qui ne se consume pas par l'usage.* (*s*) *Prêt à usage; restitution d'une chose en espéce, ou en genre.*

§. DXVI. Puisque dans la communauté primitive, si une chose ne se consume pas par l'usage, un autre peut s'en servir quand cet usage est fini (§. CLXXXVII.); *lorsque nous n'avons pas besoin nous-mêmes de l'usage de notre chose, que cet usage n'est point nuisible, & que nous sommes suffisamment assurés qu'on nous la rendra* (§. CCLXIX.), *nous devons en accorder l'usage à celui, qui ne peut se la procurer lui-même, ou qui ne peut en recevoir l'usage de quelqu'autre, pour un certain prix* (§. CCCCLXXIII.). *De l'obligation naturelle au prêt à usage.*

§. DXVII.

(†) CHAP. XI. L'Auteur ayant traité dans le Chapitre VII. de la maniere, dont on peut contracter des engagements; ayant exposé ensuite dans le Chapitre VIII. comment l'on peut acquérir les choses d'autrui, par l'occupation ou la saisie de ces choses, jointe à une volonté présumée de celui à qui elles appartenoient; ayant fait connoître dans le Chapitre IX. la nature de ces actes bienfaisants ou benins, qui ont tout de suite leur plein effet; & ayant expliqué dans le Chapitre X. ce qu'il faut entendre proprement par le prix des choses, & ce que c'est que l'argent (*pecunia*); expose maintenant dans ce Chapitre-ci la nature de ces actes bienfaisants, qui emportent avec eux une obligation parfaite, & que l'on nomme contracts bienfaisants: parce qu'ils n'ont d'autre principe, que celui de faire du bien sans exiger quelque retour.

§. DXIV. (*r*) On doit se souvenir, que notre Auteur prend toujours le mot de *pacta*, dans un sens différent de celui que lui donnent les Jurisconsultes Romains. Voyez les notes aux §§. CCCCXXXVII. & CCCCXXXVIII.

(*) C'est ainsi qu'on rend en françois le latin *commodatum*, pour le distinguer du *mutuum*, dont il sera parlé au §. DXXVIII. & que nous rendons par *prêt à consomption*, n'y ayant pas deux mots françois, qui distinguent ces deux sortes très-différentes de prêts: on prête un livre, un utensile de la premiere maniere, on prête de l'argent, des denrées de la seconde. Les mots de prêter, & d'emprunter sont équivoques comme celui de prêt; nous aurons soin de les distinguer lorsque l'équivoque seroit à craindre. R. d. T.

(†) Ainsi je rends en espéce un livre qu'on m'a prêté pour le lire; je rends en genre, des denrées qu'on m'a prêtées pour les manger: il faut remarquer ici, pour entendre la suite, que rendre la chose en valeur, n'est pas la même chose, que de la rendre en genre, on peut en rendre la valeur dans un autre genre. R. d. T.

§. DXV. (*s*) L'Auteur entend ici par *res in specie*, celle qui est individuellement la même. Par exemple, je prête un Livre: on me rend un autre exemplaire de ce livre: en ce cas on ne me rend pas individuellement le même que j'avois prêté, quoiqu'on me rende le même livre. On me le rend alors *in genere*: c'est pour s'accommoder aux expressions reçues dans le Droit, que l'Auteur s'est exprimé ainsi. Voyez son grand ouvrage *P.* IV. *C.* III. §. 444

Qui sont ceux qui peuvent prêter ainsi.

§. DXVII. Comme il n'y a que le maître qui puisse disposer de l'usage d'une chose (§. CXCIX.), *personne* aussi *ne peut prêter une chose à un autre, sinon le maître*, par conséquent *vous ne pouvez, sans le consentement du maître, prêter à un autre la chose d'autrui, ou qu'on vous a prêtée. Il dépend* donc *de la volonté du prêteur de prêter pour quel temps, pour quelle fin, & sous quelle condition il lui plaira* (§. CXCV.), *& c'est par-là qu'on doit juger du droit, & de l'obligation de l'emprunteur ou commodataire* (§. CCCXVII.). (*t*)

De la délivrance de la chose qu'on prête à usage

§. DXVIII. La chose prêtée devant être entre les mains du commodataire, pour qu'il puisse s'en servir (§. CC. DXV.), *dans le prêt à usage, il faut un acte, par lequel on mette au pouvoir du commodataire, la chose dont il doit se servir*, & cet acte s'appelle *délivrance pour un certain usage*, dans une signification générale (§ CCCXX.).

De la détérioration & de la destruction de la chose prêtée.

§. DXIX. Puisque *le prêteur* accorde au commodataire l'usage de sa chose (§. DXV.); *si la chose prêtée est de nature à se détériorer par l'usage*, il *est censé avoir consenti à cette détérioration:* sans cela, comme il n'a accordé que l'usage non-nuisible de sa chose (§. DXVI.), *le commodataire doit prendre garde que la chose ne se gâte pas, ou ne se détruise pas entiérement par sa faute* (§. DXVII.), par conséquent *il doit user de toute sorte de diligence pour la garder, & en s'en ser-*

§. DXVII. (*t*) Ce que l'Auteur prouve sur la fin de ce paragraphe, est exprimé ainsi par le Jurisconsulte PAUL *in l.* 17. *ff. Comm. vel contra: Sicut autem voluntatis & officii magis quam necessitatis est, commodare, ita modum commodati, finemque præscribere ejus est, qui beneficium tribuit.*

§. DXX (*u*) Il ne faut pas une grande pénétration pour se convaincre, que celui qui est cause qu'une chose, qu'on lui a prêtée, périsse, se perde, se détériore, ou reçoive quelque dommage, doive réparer la perte qu'en souffre le maître: la conséquence se déduit naturellement des régles de l'imputation, qui ont été indiquées ci-dessus au §. III. Mais comme dans toutes les actions de la vie les hommes sont plus ou moins causes libres de leurs actions; qu'ils les commettent ou les omettent avec plus ou moins de soin, plus ou moins d'attention ou d'inattention; avec plus ou moins de circonspection, de prudence, ou bien de négligence & de nonchalance; avec plus ou moins de bonne ou de mauvaise foi, il est pour l'ordinaire très-difficile de déterminer jusqu'à quel degré on doit tenir quelqu'un responsable d'une action commise ou omise; & par-là aussi très-difficile souvent, de déterminer dans quels cas & jusqu'à quel degré on est tenu de bonifier le dommage, qui survient aux biens d'autrui, lorsque nous en faisons usage, ou qu'ils se trouvent entre nos mains. Cela rend l'application du principe exposé dans ce paragraphe assez difficile dans la pratique. Les affaires de la vie demandent pourtant quelque chose de fixe & de déterminé, les querelles & les différends doivent être décidés, il faut une égalité dans les jugements; cette égalité ne peut avoir lieu, à moins qu'on ne suive des regles constantes, peu susceptibles d'être éludées; & au défaut de principes fixes & déterminés, il en faut qui en approchent le plus. Delà la division des fautes ou coulpes, en *faute grossiere*, *legere*, & *très-legere*, introduite & adoptée dans le Droit Civil, non pas comme une décision complette & rigoureuse, mais pour guider en quelque maniere le jugement de ceux qui doivent prononcer sur les questions & les différends, qui sont remis à leur décision. Cette division, très-utile & même, en quelque façon, indispensable dans l'usage du Droit Civil, parce que dans l'usage du Droit Civil, il faut souvent imiter les Géometres, qui, ne pouvant parvenir à une résolution parfaite d'une proposition, cherchent d'en donner une par approximation, a été assez mal exposée par les Auteurs, qui ont écrit sur le Droit Naturel, & qui n'ont pas assez distingué, ce qui résulte de la nature & de l'essence des choses, de ce qui leur est attribué uniquement, pour subvenir aux besoins de la Société civile. „ Il y a (dit PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* 1. *Ch.* VII §. 16.) „ un soin „ & une précaution, que les personnes les moins „ habiles & les moins avisées, ne manquent pas „ ordinairement de prendre & dont tout le monde est capable, parce qu'il ne faut pour cela „ ni un génie pénétrant, ni une grande application, mais seulement un peu de sens commun. „ 2. Il y a un soin & une précaution, que les „ gens médiocrement avisés, apportent ordinairement à leurs propres affaires, & qui s'étend „ à ce que la constitution ordinaire de la nature

servant (§. XXI.), *plus même qu'il n'a accoûtumé d'en avoir pour ses propres choses.*

§. DXX. Puisqu'il faut réparer le dommage causé par dol ou par faute, c'est-à-dire, par malice ou par négligence (§. CCLXX.), *si la chose prêtée s'est gâtée par la malice ou la négligence du commodataire, il doit dédommager le prêteur.* Comme la chose est censée périe par la faute du commodataire, lorsque c'est par un accident, par lequel elle ne seroit pas périe chez le prêteur, si l'on n'avoit pas été en retard pour la rendre (§. XXI. CCCCXVII.); *le commodataire est tenu, s'il a tardé à restituer la chose prêtée, de répondre des accidents par lesquels elle n'auroit pas été détruite, ou gâtée chez le prêteur.* Et même, comme on ne présume pas, qu'en accordant l'usage non-nuisible de sa chose, pour qu'on la rende quand on aura fini de s'en servir (§. DXV.), le prêteur veuille courir le risque de la perdre, ou qu'elle se gâte; *le prêt à usage renferme naturellement cette condition tacite, que le commodataire est tenu pour les accidents, par lesquels la chose prêtée n'auroit pas été détruite ou gâtée chez le prêteur.* Mais comme le commodataire est obligé à rendre, ou la chose en espéce (ibid.), ou sa valeur (par le §. présent), *s'il veut rendre la chose en genre, le prêteur n'est pas obligé à l'accepter.* (*u*)

Du dol, de la faute & des accidents, dont le commodataire doit répondre.

§. DXXI.

„ ture humaine met en état de pratiquer, selon „ l'addresse & la capacité particuliere de chacun. „ 3. Enfin il y a un soin & une précaution extraordinaire, qui est celle que les Peres de famille, les plus avisés & les plus habiles, apportent „ à leurs affaires. L'imprudence opposée à la „ premiere sorte de circonspection, s'appelle une „ *faute grossiere*, celle qui est opposée à la seconde, une *faute legere*, & celle qui est opposée „ à la troisieme, une *faute très-legere.*" Pour peu que l'on fasse attention à la diversité des génies, des facultés, & de la capacité des hommes, ainsi qu'à la diversité des objets, qui attirent plus ou moins leur attention suivant leurs goûts, leurs penchants, leur tempérament, leur genre de vie & leur vocation, enfin à tout ce qui dans un cas donné, peut rendre un homme plus ou moins coupable ou excusable, suivant la nature de la chose commise à ses soins, & l'état particulier dans lequel il s'est trouvé; on verra que ce passage de PUFENDORF n'est pas fort lumineux. Quel est l'esprit géometre, assez pénétrant, pour assigner un point fixe dans l'immense combinaison de toutes les circonstances, qui peuvent accompagner & qui, pour l'ordinaire, accompagnent les actions des hommes? Qu'on jette une pierre dans l'eau: il sera très-aisé de distinguer les ondes formées au centre, de celles qui se forment à la circonférence du cercle, produit par la chute de la pierre; mais comment distinguer les ondulations qui se suivent de proche en proche? Il en est de même de la faute: il y a des cas où l'incurie, la non-chalance, la négligence, l'imprudence & l'étourderie sont si manifestes, qu'elles frappent l'esprit le moins éclairé: il y a aussi des cas où l'obligation d'user de soins, de prudence, de circonspection est si sensible, que le plus stupide & le moins avisé peut la concevoir: mais il y a une infinité de cas, où cette obligation n'est pas si sensible, & dans lesquels il est très-difficile de déterminer, s'il y a eu un défaut d'attention, de prudence ou de soins, & à quel degré ce défaut a eu lieu. Mais, si, sur cette matiere, il n'y a pas moyen de donner une regle générale, comme THOMASIUS & GUNDLING l'ont très-bien remarqué, quoiqu'en dise BARBEIRAC dans sa note 1. §. 3. de PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* V. *Ch.* IV. ne peut-on pas en donner du tout? Notre Auteur qui traite cette matiere dans sa *Philosophie Pratique*, *P.* I. *C.* VI. & en particulier au §. 756. remarque avec raison, que les loix civiles ne pouvant exiger une rigoureuse exactitude sur ce point, il a fallu prendre un milieu, pour s'accommoder aux nécessités de la vie humaine; c'est à cause de cela que les Jurisconsultes Romains, faisant attention au plus ou moins de soin, que les hommes apportent à leurs affaires, ont distingué les manquements à cet égard en trois espéces, savoir la *faute grossiere*, *legere*, & *très-legere.*

En examinant leurs décisions d'après ces motifs, peut-être les trouvera-t-on moins obscures, qu'elles l'ont paru à THOMASIUS *in diss. de usu practico doctrinæ difficillimæ Jur. Rom. de culpar. præstat. in contract.* & à Mr. BARBEIRAC dans la n. 8. au §. 16. de l'endroit de PUFENDORF cité ci-dessus. Ajoutons que la matiere est si difficile, si compliquée, qu'il n'est pas possible de n'être pas en quelque façon obscur. D'ailleurs est-il raisonnable d'attribuer aux Jurisconsultes Ro-

Si la chose est prêtée seulement à cause du prêteur.

§. DXXI. *Si vous prêtez seulement pour l'amour de vous, ce n'est pas proprement un prêt* (§. DXV.), puisqu'alors vous ne m'accordez pas gratuitement l'usage de vo-

Romains un défaut de clarté, qui ne résulte pas proprement de la maniere, dont ils ont traité un sujet, mais du sujet-même? & faut-il leur attribuer une marche qu'ils n'ont pas tenue? Lorsqu'ULPIEN dit, *Lata culpa est* NIMIA NEGLIGENTIA, *id est*, NON INTELLIGERE, QUOD OMNES INTELLIGUNT. *l.* 213. *ff. de verb. sign.* expression dont le Jurisconsulte PAUL se sert aussi *l.* 223. *eod.* lorsque celui-ci *in l.* 226. *eod.* dit *Magna negligentia culpa est :* quand ULPIEN dans la *l.* 22. §. 3. *ad SC. Treb.* dit, *culpæ plane reddere rationem ; sed ejus, quæ dolo proxima est: & ita Neratius..... Sed & si cum distrahere deberet, non fecit, lata culpa, non levi, &* REBUS SUIS CONSUETA NEGLIGENTIA*: hujusmodi rei rationem reddet:* quand CELSUS dit *Nam & si quis non ad* EUM MODUM, QUEM HOMINUM NATURA DESIDERAT, *diligens est, nisi* TAMEN AD SUUM MODUM CURAM IN DEPOSITO PRÆSTAT, *fraude non caret: nec enim salva fide* MINOREM IIS, QUAM SUIS REBUS, DILIGENTIAM PRÆSTABIT: lorsque GAJUS dit *l.* 72. *ff. pro Socio : Socius Socio etiam culpæ nomine tenetur, id est, desidiæ atque negligentiæ ;* quand ALFENUS répond *l.* 11. *ff. de peric. & com. rei vend. Quia sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit. Quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda*, QUAM DEBENT HOMINES ET DILIGENTES PRÆSTARE, *si quid accidisset, nihil ad eum pertinet:* lorsque GAJUS, dans la *l.* 18. *ff. comm. vel contra*, s'explique ainsi: *In rebus commodatis talis diligentia præstanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: ita ut tantum eos casus præstat, quibus resisti non possit ; veluti mortes servorum, quæ sine dolo & culpa ejus accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent;* quand ce même Jurisconsulte parle in *l.* 35. *ff.* §. 4. *de contr. empt.* d'un *custodia*, QUALEM BONUS PATERFAMILIAS SUIS REBUS ADHIBET; enfin dans tous les passages des Jurisconsultes Romains, où il est question de la négligence moyenne, grande ou petite; & des fautes grossiere, legere, ou très-legere qui y sont opposées, dans tous ces passages, dis-je, ces Jurisconsultes ont-ils prétendu donner une regle générale, ou fixer des classes d'imputabilité? ou bien ont-ils indiqué seulement comment on devoit s'y prendre dans le Droit civil, pour pouvoir se guider dans les jugements, à porter sur des cas susceptibles d'une infinité de variations, & quels étoient les caracteres les plus propres & les plus distinctifs, auxquels on pouvoit faire attention? Notre Auteur rejette cette division pour ce qui concerne le Droit Naturel. Il me semble pourtant, que rien n'empêche qu'on ne puisse s'en servir dans le Droit Naturel, tout comme dans le Droit civil, pourvu que l'on se souvienne, que cette division est uniquement employée afin de guider le jugement, & non pas pour marquer une distinction exacte & complette. La raison, dit notre Auteur, tient lieu de Juge dans l'état naturel: cela est vrai: mais si la raison des Juges doit se regler sur quelques principes, celle des hommes en particulier ne doit-elle pas l'être également? Supposons que dans l'état naturel *Lucius* prête à *Sempronius* un instrument de méchanique, & qu'en le recevant de retour, cet instrument se trouve détérioré, *Lucius* ne devra-t-il pas savoir, s'il y a eu de la négligence de la part de *Sempronius*, & à quel point cette négligence a eu lieu, pour pouvoir juger s'il a un droit parfait à un dédommagement, & quel dédommagement il peut prétendre? Il n'est pas besoin, dit notre Auteur, (dans son grand Ouvrage *T.* IV. *C.* III. §. 446.) que nous recherchions dans le Droit naturel, quelle sorte de faute doit être réparée dans les contracts, puisque suivant la rigueur du Droit naturel toute faute doit être réparée. La proposition ne me paroît ni exacte, ni juste, ni vraie; & nulle part on n'en trouve une démonstration, dans le sens que l'Auteur y attache. D'abord il y a à examiner *s'il y a faute:* en second lieu, si *la faute doit être imputée* à l'agent; *& combien?* En troisieme lieu, si celui qui souffre le dommage *a bien voulu courir le risque de cette faute?* Voilà trois points auxquels il faut être attentif, & qui n'ont pas échappé aux Jurisconsultes Romains. Dans tous les contracts c'est la volonté ou exprimée, ou tacite, ou présumée, qui en fixe les obligations & les droits: il faut donc avoir égard aux personnes, & aux situations des personnes, aussi-bien qu'à toutes les circonstances, qui accompagnent un contract, pour pouvoir désigner la volonté si elle n'est pas suffisamment exprimée. Il y a donc réellement une différence à faire, par rapport à la nature des contracts, pour pouvoir décider dans quel cas on peut exiger réparation du dommage, & dans quel cas on ne peut pas le faire: il faut même avoir égard aux personnes qui ont contracté, parce qu'il s'agit non pas seulement de déterminer s'il y a un dommage à réparer; mais s'il n'y a pas une volonté présumée de supporter le dommage. Par exemple, on prête un cheval à quelqu'un que l'on sait aimer le grand galop: si l'emprunteur s'en sert selon sa coûtume, & que par-là il survienne quelque accident au

votre chose pour mon avantage, mais que c'est moi plutôt qui fait pour votre avantage, quelque chose qui requiert cet usage, en sorte que c'est comme si vous en

au cheval, je ne déciderois pas qu'il dût réparer le dommage, par la raison, qu'un autre s'en feroit servi avec plus de modération, & qu'alors l'accident ne fût pas vraisemblablement arrivé, à moins qu'il n'y eût eu de la malice dans son fait: j'aimerois mieux répondre, comme POMPONIUS l'a fait dans un cas, à la vérité un peu différent, *l.* 23. *ff. com. vel contra*, que c'est celui qui a prêté le cheval qui est en faute, pour l'avoir prêté à quelqu'un, à qui ce cheval ne convenoit point. Il y a plusieurs endroits dans le Droit Romain, par lesquels on voit, que les Jurisconsultes Romains ont été extrêmement attentifs, à distinguer tout ce qui pouvoit plus ou moins mettre quelqu'un en faute. C'est ainsi, par exemple, que GAJUS se sert du principe, que je viens d'alléguer, dans la *l.* 72. *ff. pro Socio*, lorsqu'il dit: *quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet.* De même ULPIEN *l.* 22. §. 3. *ff. ad SC. Trebell. & rebus suis consueta negligentia.* Suivant le Droit Romain on étoit tenu de larcin, si l'on faisoit, d'une chose prêtée, un autre usage que celui, pour lequel on l'avoit obtenue; *à moins qu'on n'eût lieu de présumer, que le maître nous en eût accordé cet usage. Inst. t. de oblig. quæ ex del.* §. 7. Ainsi quand il s'agit des dommages relativement aux contracts, il faut non-seulement considérer s'il y a du dommage, ou non; mais il faut considérer en même temps, quelle a été à cet égard la volonté soit expresse, soit tacite, soit présumée des contractants.

Appliquons ceci au sujet de ce paragraphe, & nous verrons, qu'il ne suffit pas que la chose prêtée soit perdue, ou détériorée, afin d'assigner au maître un dédommagement; nous verrons qu'il faut avoir en même temps égard à la volonté présumée du maître, pour rendre l'emprunteur responsable de l'usage qu'il fait de la chose prêtée. Voilà ce qu'ULPIEN désigne dans la *l.* 10. *ff. comm. vel contr.* lorsqu'il dit: *Eum qui rem commodatam accepit*, SI IN EAM REM USUS EST, IN QUAM ACCEPIT, *nihil præstare, si eam in nulla parte culpa sua deteriorem fecit, verum est: nam si culpa ejus fecit deteriorem tenebitur.* Ces paroles *si in eam rem usus est in quam accepit*, ne marquent-elles pas que la Jurisprudence Romaine exigeoit, qu'on fît attention à la volonté des contractants? que c'est cette volonté qui décide? On ne peut jamais présumer dans celui qui prête une condescendance poussée au point de consentir qu'on use de la chose prêtée sans soucis, sans soins, & sans égards, par la raison, que celui, à qui il l'a prêtée, a coûtume de traiter ses affaires avec négligence: on doit plutôt supposer, qu'il exige de l'emprunteur un soin, tel qu'un homme *doit* avoir de ses effets, & qu'il attend même de l'emprunteur ce soin & cette attention, afin que sa bienfaisance ne lui tourne pas à perte. C'est-là le véritable fondement, pourquoi les Jurisconsultes Romains exigent la réparation des dommages, avec plus de rigueur dans les contracts, qui sont uniquement profitables à l'un des contractants, que dans d'autres, dans lesquels il s'agit de l'avantage mutuel des deux parties: voilà pourquoi ils se sont éloignés de cette rigueur dans le prêt, fait également pour l'utilité de l'emprunteur & de celui qui prête: dans ce cas-ci on ne peut pas supposer que celui, qui prête, ait voulu exiger de l'emprunteur plus d'attention pour la chose prêtée, qu'il n'en auroit pour ses propres effets: d'ailleurs dès qu'on prête pour une utilité commune, comme dans le cas de la *l.* 18 *ff. comm. vel contr.* il y a, par rapport à l'usage de la chose, une espece de Société. Au reste si l'on fait attention à ces paroles de GAJUS; *sed videndum est, ne & culpa præstanda sit; ut ita culpæ* FIAT ÆSTIMATIO *sicut in rebus pignori datis & dotalibus* ÆSTIMARI *solet*; l'on se persuadera, que la Jurisprudence Romaine exige une estimation, faite & réglée sur les circonstances, qui peuvent varier à l'infini: ces paroles de GAJUS confirment encore l'observation que j'ai faite ci-dessus; savoir, que la division de la faute en *grossiere*, *legere* & *très-legere*, n'a point été faite pour fixer trois points: mais uniquement pour guider le jugement dans l'examen des circonstances, afin d'évaluer la faute & de fixer la réparation: or quoique par la combinaison des circonstances, les cas soient souvent très-difficiles à démêler, & même quelquefois plus difficiles qu'il ne l'est à un Médecin, de déterminer tout ce qui peut avoir contribué, à produire un dérangement dans la santé d'un malade; & que par la variété des circonstances, les cas approchent plus ou moins des caracteres de la malice, de l'imprudence, de l'incurie, de la négligence, de la non-chalance, de l'inattention; & que par les différentes relations aussibien, que par les différentes situations particulieres & mutuelles des hommes, il est, pour ainsi dire, impossible de reconnoître la volonté tacite ou présumée des contractants, avec cette précision, qu'il le faudroit pour porter un jugement exact & juste; il ne faut pas s'étonner, que les plus habiles Jurisconsultes & les génies les plus pénétrants n'aient pu débarasser cette matiere d'une obscurité, que les bornes de l'esprit humain ne permettent pas d'ôter entierement: encore n'est-ce pas cette obscurité, qui embarasse le plus dans la

en faisiez usage vous-même. C'est pourquoi, *je ne suis pas tenu*, en ce cas, *pour les accidents*, *par lesquels la chose n'auroit pas été détruite*, *ou gâtée chez vous*; *quoique je sois obligé à répondre pour ce qu'elle auroit souffert*, *par ma négligence ou par ma malice* (§. CCLXX.). Comme cependant la chose est censée détruite ou gâtée, par la faute du prêteur; *si*, *le sachant*, *il l'a prêtée à un homme extrêmement négligent*, *quoique ce ne fût que pour l'amour de lui-même* (§. XXI.), *le commodataire n'est pas obligé de répondre pour sa faute.*

Du larcin d'usage commis par le commodataire.

§. DXXII. *Si le commodataire se sert de la chose à un autre usage que celui*, *pour lequel elle lui a été prêtée*, il commet un larcin d'usage (§. CCLXIII.); par conséquent, cela se faisant contre le droit du prêteur, puisque vous vous arrogez un droit qui ne vous appartient point (§. CXCVIII. LXXXIII.), *vous faites une injure au prêteur* (§. LXXXVII.). (*x*)

Comment les choses, qui se consument par l'usage, peuvent être prêtées à usage.

§. DXXIII. *Si une chose qui se consume par l'usage*, *peut avoir un autre usage*, *par lequel elle ne se consume pas*, puisqu'à cet égard elle est équivalente à une chose, qui ne se consume pas par l'usage, *elle peut être à cet égard prêtée à usage* (§. DXV.), comme, par exemple, si vous prêtez à un autre, pour la montre, de l'argent qu'il doit vous rendre en espéce (ibid.), ou une grappe de raisin d'une grosseur extraordinaire, pour qu'il la fasse voir à quelqu'un. (*y*)

Du salaire payé pour l'usage.

§. DXXIV. Puisque dans le prêt à usage, on accorde gratuitement l'usage de la chose (§. DXV.); *si quelqu'un paie un salaire pour l'usage d'une chose*, *ce n'est pas un prêt*, *mais c'est une sorte d'acte d'échange* (§. CCCCLXVII.), dont il sera parlé dans la suite; alors en effet, *pour que vous me donniez l'usage d'une chose*, *je donne ou de l'argent*, *ou une chose*, *ou l'usage d'une autre chose.*

De l'honoraire.

§. DXXV. On appelle *honoraire*, un présent en argent donné à un autre, pour le récompenser de quelque service gratuit, ou qui ne peut pas être évalué en argent. Puisque les services qu'on nous a rendus gratuitement, sont seulement un motif de donner un honoraire, pour témoigner notre reconnoissance (§. CCCCLXXV. CCCCLXXXII.), & qu'on n'a point égard aux motifs dans les contracts (§. LXXVIII.), *si l'on donne un honoraire*, *cela ne change pas la nature du contract bienfaisant*; & comme le prêt reste toujours prêt (§ DXV.), ainsi *la quantité de l'honoraire est déterminée au gré de celui qui le donne* (§. CCCCLXXV.); *il peut* par conséquent *excéder la valeur de ce qu'on a fait pour lui*: cependant *s'il a été promis & accepté*, *il est dû parfaitement* (§. CCCLXXX. CCCLXXXI.). Mais *si l'autre ne veut faire*, *que sous la condition d'un certain honoraire*, *ce qu'il devoit faire gratuitement*, puisqu'alors on convient de ce que l'on aura à faire à son tour, & qu'on donne l'honoraire pour ce que l'autre a fait, *l'honoraire se change en salaire* (§. D.).

Des frais à faire pour l'usage de la chose, & pour la chose-même.

§. DXXVI. Puisque le prêteur s'oblige seulement à vous accorder l'usage de la

la pratique; l'intelligence des Juges peut y remédier, parce que dans l'usage de la vie il n'y a pas plus d'inconvénient à négliger les *minima*, qu'il n'y en a à les négliger dans les calculs, & qu'une décision approchante de l'exacte vérité peut très-bien tenir lieu de la vérité-même: il suffit donc, que dans une matiere, qui par sa nature n'est pas susceptible d'être portée à une détermination absolue, l'on ait des regles pour en approcher le plus qu'il soit possible: l'on seroit bien heureux, si les Tribunaux étoient toujours remplis de Juges assez integres & assez éclairés, pour faire attention à ces regles & s'y conformer dans leurs décisions. Au reste on trouve dans la *l.* 18. *ff. comm. vel contra* un exemple, qui peut éclaircir ce que l'Auteur enseigne sur la fin de ce paragraphe, par rapport à l'obligation d'être responsable même des cas fortuits.

§. DXXII.

la chose, & non à faire les frais nécessaires, pour que vous puissiez vous en servir (§. DXV.), *si l'on ne peut se servir de la chose sans certains frais*, par exemple, si je vous prete mon cheval, ou mon domestique pour quelques jours, *vous êtes obligé de faire ces frais;* mais comme chacun peut se relâcher de son droit (§. CCCXLII.), *si le prêteur veut faire ces frais*, *le prêt est accompagné d'une donation* (§. CCCCLXXV.), & par conséquent *c'est un acte composé* (§. CCCCLXV.). Pareillement, comme le commodataire est seulement obligé, à prendre garde que la chose ne se gâte, ou ne périsse pas par sa faute (§. DXIX.); *si*, *indépendamment de l'usage de la chose*, *il faut faire des frais extraordinaires*, par exemple, pour sa conservation, *le prêteur est obligé de les restituer*, sur-tout *s'ils excedent le prix de l'usage*, comme, par exemple, s'il falloit raccommoder le toît d'une maison prêtée, pour que la pluie n'y cause point de dommage. (*z*)

Des choses susceptibles de remplacement.

§. DXXVII. On appelle *choses susceptibles de remplacement* *, celles qui peuvent tenir lieu d'une autre chose de même genre. *L'une peut* donc *être substituée à l'autre; telles sont* par conséquent *les choses*, *dont le prix est proportionnel à leur nombre*, *leur poids & leur mesure; & elles doivent être du même genre*, *en même quantité & de même qualité*. Il paroît au reste de là, que *les choses susceptibles de remplacement*, *peuvent être restituées en genre*, *sans que celui à qui on les restitue en souffre de dommage* (§. DXV. CCLXIX.), & que comme *l'argent* tient lieu de toutes sortes de choses, & de travaux (§. CCCCXCIV.), *il est de toutes les choses*, *la plus susceptible de remplacement*.

* res fungibiles.

Prêt à consomption ce que c'est, & ce qu'il faut y restituer.

§. DXXVIII. On appelle *prêt à consomption*, ou simplement prêt, un contract bienfaisant, par lequel on accorde gratuitement à un autre, l'usage d'une chose qui se consume par l'usage, celui qui prête ainsi s'appelle *créancier;* celui qui reçoit s'appelle *débiteur*. Comme vous ne pouvez consumer une chose, à moins qu'elle ne soit vôtre, ou que vous n'en ayiez le domaine (§. CXCV.), *le créancier est obligé à transférer le domaine au débiteur*. Mais parce qu'il ne fait pas présent de la chose (§. CCCCLXXV.), & qu'il en accorde seulement l'usage, comme cela suit de la définition-même, & que par conséquent il veut qu'on lui restitue la chose, qui, étant consumée, ne peut être restituée en espéce (§. DXV.); *la chose prêtée à consomption doit être restituée en genre*, par conséquent, *les choses que l'on prête ainsi*, *doivent être susceptibles de remplacement* (§. DXXVII.), & *ce qu'on restitue doit être de même genre*, *en même quantité*, *& de même qualité que ce qui a été prêté*. (*a*)

Qui sont ceux qui peuvent prêter à consomption; & la chose d'autrui prêtée ainsi.

§. DXXIX. Puisque dans le prêt à consomption on transfere le domaine (§. DXXVIII.); *personne ne peut prêter à consomption*, *sinon le maître* (§. CCLVII.), par conséquent, *si l'on prête la chose d'autrui*, *le contract est nul en soi:* donc, *si la chose n'a pas encore été consumée*, *le maître peut la revendiquer* (§. CCLXII.); mais, *si elle a été consumée*, *le débiteur doit lui en rendre le valeur* (§. CCLXXI.), car il

§. DXXII. (*x*) Notre Auteur déduit ici du §. CCLXIV. que ceux qui se servent des choses qu'on leur a prêtées, à d'autres usages qu'à ceux pour lesquels ils les ont empruntées, commettent un larcin: on a vu dans la note au §. DXX. que les Romains en ont pensé de même. Voyez *Inst. t. de oblig. quæ ex del. nasc.* §. 7.

§. DXXIII. (*y*) *Non potest* (dit ULPIEN *l.* 3. *ff comm. vel contra*) *commodari id*, *quod usu consumitur: nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat*. Voyez *l.* 4 *eod.*

§. DXXVI. (*z*) Dans la *l.* 18. *ff. commodati vel contra* le Jurisconsulte GAJUS parle comme notre Philosophe

§. DXXVII. & DXXVIII. (*a*) Voy. *Inst. L.* III. *T.* XV.

il n'eſt tenu envers lui par aucun contract, à la lui reſtituer en genre (§. DXXVIII.). *Si le maître ratifie le prêt*, puisque dès-lors il eſt cenſé fait de ſon conſentement (§. XXIX.), *il ſubſiſte.* (*b*)

Du temps de la reſtitution.

§. DXXX. Mais comme le *commodataire*, ou celui qui emprunte à uſage, s'oblige envers le prêteur à lui reſtituer la choſe en eſpéce (§. DXV.), & que le *débiteur*, ou celui qui emprunte à conſomption, s'oblige à la reſtituer au créancier en genre (§. DXXVIII.), l'un & l'autre *doivent reſtituer la choſe au prêteur ou au créancier*, *à moins que le maître ne s'y oppoſe* (§. CCLXI.), *en prouvant ſon domaine* (§. CCLXII.); *& ſi le maître le veut*, *le prêteur ou le créancier peut lui céder ſon droit* (§. CCCXLII.). (*c*)

De la reſtitution en eſpéce, ou avant le terme, de la choſe prêtée à conſomption.

§. DXXXI. La choſe prêtée à conſomption devant être reſtituée en genre (§. DXXVIII.), *il faut*, *dans le prêt à conſomption*, *convenir du temps où ſe doit faire la reſtitution;* & puiſqu'on doit garder ſes conventions (§. CCCCXXXVIII.), *le créancier ne peut*, *avant que ce temps ſoit écoulé*, *redemander en genre la choſe prêtée;* & parce que le domaine en a été transféré au débiteur (§. DXXVIII.), *il ne peut non plus la redemander en eſpéce*, *quoiqu'elle n'ait pas encore été conſumée*, *quand même il en auroit beſoin pour lui-même* (§. CXCV.).

De la reſtitution de la choſe d'autrui prêtée à uſage, ou à conſomption.

§. DXXXII. Puiſque c'eſt parce qu'on ne peut rendre en eſpéce la choſe prêtée à conſomption, qu'il faut la rendre en genre (§. DXXVIII.); *s'il ſe trouve que le débiteur n'ait pas beſoin de la choſe prêtée*, *il peut la rendre en eſpéce.* Et puiſqu'encore le temps de la reſtitution n'eſt fixé, qu'afin que le débiteur ne ſoit pas en retard à la reſtituer, *il peut reſtituer la choſe avant le temps écoulé*, *à moins qu'il n'en ait été convenu autrement*, *d'une façon expreſſe* (§. CCCCXXXVIII.).

Si l'argent peut ſe prêter à conſomption.

§. DXXXIII. L'*argent* étant compté parmi les choſes qui ſe conſument par l'uſage, il *peut* auſſi *être prêté à conſomption* (§. DXXVIII.), mais *ce n'eſt pas un prêt proprement dit*, *ſi on ne le donne gratuitement* (ibid.). (*)

De la bonté de la monnoie.

§. DXXXIV. *La bonté intrinſeque de l'argent* ou *de la monnoie*, eſt celle qu'on eſtime par la matiere, & par le poids; ſa bonté *extrinſeque*, eſt la valeur qu'il a plu aux hommes de lui aſſigner. On dit en général qu'une monnoie eſt *bonne*, lorſque ſa valeur extrinſeque eſt réglée ſur l'intrinſeque, c'eſt-à-dire, lorſque la valeur qu'on lui impoſe, répond à celle qu'elle tient de la matiere & du poids, ſinon elle eſt *mauvaiſe.* (†)

En combien de manieres on prête de l'argent.

§. DXXXV. *On prête une ſomme d'argent*, quand on compte à quelqu'un de l'argent, en ſuppoſant ſa bonté intrinſeque & extrinſeque, comme, par exemple, ſi je prête cent écus en monnoie d'or pur, & que je lui attribue la valeur qu'elle a dans le temps de l'obligation. *On prête le genre*, ſi l'on compte à quelqu'un les pieces, ſans faire attention à la valeur intrinſeque qu'a chacune à pré-

§. DXXIX. (*b*) *In mutui datione oportet dominum eſſe dantem*, dit le Juriſconſulte PAUL *l.* 2. §. 4. *ff. de reb. cred.* Notre Auteur fait voir pourquoi.

§. DXXX. (*c*) La fin de ce paragraphe paroît un peu obſcur: notre Auteur l'explique dans ſon grand ouvrage *P.* IV. *C.* III. §. 535. & il y ajoute la remarque que pour obvier à la difficulté, qu'il y a ſouvent à prouver qu'une choſe nous appartient, le Droit Romain donne l'action, que l'on nomme *cédée. l.* 2. *C. ſi cert. pet.*

(*) On voit que le mot de *prêt* eſt encore pris ici dans un ſens plus reſtreint, que dans le langage ordinaire, où l'on dit prêter à intérêt. R. d. T.

(†) Mr. WOLF a mis ici la ſignification de quelques mots *Allemands*, qui ne peuvent entrer dans notre traduction. R. d. T.

§. DXXXVI. (*d*) La démonſtration que l'Auteur donne ſur le prêt à conſomption, eſt très-im-

présent; par exemple cent ducats. Enfin *on prête la valeur des pièces*, si l'on donne une certaine somme d'argent en genre, ou en monnoie courante ordinaire, & de bon aloi, en en fixant la valeur, par exemple cent écus, sans faire attention au genre de monnoie.

Ce qu'il faut restituer, selon ces différentes manieres.

§. DXXXVI. Puisque dans le prêt à consomption il faut restituer en genre, autant qu'on a reçu (§. DXXVIII.), & que d'ailleurs il faut garder ses conventions (§. CCCCXXXVIII.); *si l'on prête une somme d'argent, en exprimant le genre de la monnoie, la somme doit être rendue en même genre, selon la bonté intrinseque & extrinseque, qu'elle avoit au temps du contract; si l'on n'a pas exprimé le genre de la monnoie, la somme peut être rendue en autre genre de monnoie, de même bonté intrinseque, qu'étoit celle de la monnoie donnée, suivant la bonté extrinseque qu'elle avoit au temps du contract; si l'on prête le genre, il faut restituer autant de pièces qu'on en a reçu, & de la même bonté intrinseque; enfin si l'on a prêté la valeur des pièces, il faut rendre la même somme en quelque genre de monnoie que ce soit, bonne, & courante.* En effet puisque, dans le prêt à consomption, le créancier ne veut que se passer de l'usage de la chose qu'il donne à un autre (§. DXXVIII.); *les choses doivent être après la restitution, comme s'il n'avoit point prêté.* Si une somme ayant été prêtée, la valeur intrinseque ou extrinseque de la monnoie vient à changer en attendant la restitution, on peut au moyen de ce principe déterminer ce qu'il faut restituer, afin que le créancier conserve la même somme d'argent, soit en même genre, soit dans un autre de même bonté intrinseque. Mais il ne nous paroît pas convenable pour le présent d'examiner cela plus au long. (*d*)

De la perte de la chose prêtée avant qu'on s'en soit servi.

§. DXXXVII. Puisque le domaine de la chose prêtée à consomption passe au débiteur (§. DXXVIII.), *si la chose prêtée périt, ou se gâte de quelque façon que ce soit, avant que le débiteur ait pu s'en servir, c'est à son dommage* (§ CCXLIII.), par conséquent, *il doit, malgré cela, la rendre en genre* (§. DXXVIII.). (*e*)

Si l'on peut rendre une chose pour une autre, ou des choses estimées de même valeur.

§. DXXXVIII. Puisque dans le prêt à consomption, ce qu'on donne, doit être restitué en genre (§. DXXVIII.), & qu'on ne doit pas rendre une autre chose pour celle qu'on a reçue, *si l'on convient qu'on en rendra une autre, ou qu'on donnera des choses estimées de même valeur, ce n'est plus un prêt à consomption.* Ces sortes de contracts sont soumis à d'autres regles.

Du dépôt.

§. DXXXIX. On appelle *dépôt*, un contract bienfaisant, par lequel on donne & on reçoit une chose pour la garder gratuitement. Celui qui la donne à garder est le *dépositeur* (*), celui qui se charge de la garder s'appelle le *dépositaire.* Comme dans ce contract le domaine n'est pas transféré au dépositaire, *le dépositeur reste maître de la chose déposée*, & comme *le dépositaire* se charge seulement de la garde de la chose, *il n'a pas droit de s'en servir;* par conséquent, en s'en servant, il commet

importante, par l'influence qu'elle peut avoir sur une infinité de cas, dans lesquels il s'agit de restituer la valeur d'une somme prêtée. POMPONIUS donne sur ce sujet une décision si claire dans la *l.* 3. *ff. de reb. cred.* qu'on s'étonneroit qu'il y eut eu encore des contestations à cet égard dans les Tribunaux, & que des Juges éclairés y aient trouvé matiere à douter, si l'on ne savoit combien les choses humaines sont sujettes, à être envisagées différemment par les hommes; & combien peu ils tombent d'accord sur l'évidence des principes. Voyez la Dissertation de Mr. FRED. GUIL. PESTEL *de pretio permutationis numorum*, de l'année 1757. imprimée in-*quarto* à *Rintelen.*

§. DXXXVII. (*e*) Voyez notre Auteur dans son grand ouvrage *P.* IV. *C.* III. §. 574.

(*) Nous avons mieux aimé de forger le mot de *dépositeur*, que tout le monde peut entendre, que de rendre *deponens* par *déposant*, qui signifie autre chose. R. d. T.

met un larcin d'usage (§. CCLXIII.). Mais *si le dépositeur accorde l'usage de la chose déposée, alors au dépôt se joint le prêt à usage* (§. DXV.), *ou le prêt à consomption, si c'est de l'argent* (§. DXXVIII.). *(f)*

Si c'est un dépôt, quand on donne quelque chose, pour la garde de la chose.

§. DXL. Pareillement puisque le dépositaire se charge de garder la chose gratuitement (§. DXXXIX.); *si l'on donne pour la garde un salaire, dont on soit convenu, le contract n'est pas un dépôt.* Mais *un honoraire promis, ou donné volontairement, ne change pas la nature du dépôt* (§. DXXV.).

De l'obligation du dépositaire.

§. DXLI. Puisque le dépositaire s'oblige à garder la chose déposée (§. DXXXIX.), qu'il est naturellement obligé à écarter du dépositeur tout dommage (§. CCLXIX.), & qu'il ne peut user de la chose déposée (§. DXXXIX.); *le dépositaire est obligé à garder avec toute la diligence possible la chose déposée* (§. XXI.), *à la rendre en espéce au dépositeur, quand il la redemande, sans être cependant tenu de la garder passé le temps convenu* (§. CCCCXXXVIII.), *& si la chose périt, ou se gâte par sa négligence ou sa malice, il doit réparer le dommage* (§. CCLXX.); *mais* comme c'est pour l'amour du dépositeur, que la chose est au pouvoir du dépositaire, qui ne tire aucun profit de ce contract (§. DXXXIX.), *il ne répond pas des accidents.* Il paroît au reste aisément, que *si le dépositaire ne promet pas une plus grande diligence dans la garde de la chose déposée, qu'il n'en apporte à la garde de ses propres choses, il n'est tenu à rien au-delà par le droit externe* (*) (§. CCCLXXVII. CCCLXXVIII.). Et parce que j'ai déposé la chose chez vous, me confiant à votre garde, *si, à mon insu, vous déposez chez un autre, la chose déposée, vous êtes tenu envers moi pour la négligence ou la malice de celui, chez qui vous l'avez déposée, mais celui-ci est tenu envers vous;* puisqu'il

§. DXXXIX. *(f)* En confrontant la définition que notre Auteur donne ici du dépôt, à celle qu'on nous a transmise d'ULPIEN *l.* I. *ff. dep. vel contra*, on verra, que celle du Jurisconsulte Romain n'est gueres exacte: celle que PUFENDORF donne *de off. hom. & civ. L.* I. *C.* XV. *§.* 7. ne l'est pas davantage: TITIUS en donne une dans une note à cet endroit de PUFENDORF, qui satisferoit mieux, si elle n'avoit pas le défaut de contenir plus qu'il ne faut. On trouve le même défaut dans celle de J. H. BOEHMER, *Introd. in jus digestorum ad t. ff. dep. vel. contra*; ainsi que dans celle que Mr. FERRIERES a employée dans son *Dictionnaire de Droit & de Practique.* Mr. NOODT, marchant scrupuleusement sur les traces des Jurisconsultes Romains, en donne aussi une définition peu exacte dans son Commentaire *ad t. ff. depos. vel contra.* VINNIUS suppléant à l'omission, qui rend la définition d'ULPIEN défectueuse, en fournit une, dans ses Comm. sur les *Inst. t. quib. mod. re contr. obl.* qui revient dans le fonds à celle de notre Auteur. Je me permets ces petites observations, parce que je ne puis, ce me semble, trop faire sentir, combien il est difficile de donner de bonnes définitions; combien on y a manqué, & quel service notre Auteur a rendu à la Jurisprudence, quand on n'estimeroit son travail que par les définitions dont il l'a enrichie.

(*) Mr. WOLF suppose ici la distinction entre le droit interne & le droit externe, dont il n'a point parlé. Nous croyons la devoir suppléer ici, en la tirant de son grand ouvrage. *Le droit externe*, est celui qui naît d'une obligation externe; *le droit interne*, est celui qui naît d'une obligation interne. Or on appelle une *obligation interne*, entant qu'on ne la considere que dans la conscience, c'est ainsi que celui qui le peut, est obligé en conscience à donner l'aumône à celui qui la mérite. Et l'obligation est appellée *externe*, entant qu'on la considere entre les hommes, ensorte qu'il en naît quelque droit entr'eux, c'est ainsi qu'on est obligé de payer un guide qu'on a loué. R. d. T.

§. DXLI. *(g)* Toutes les conséquences que notre Auteur déduit dans ce paragraphe, de la définition qu'il a donnée du dépôt, s'accordent avec les décisions qui ont été recueillies du Droit Romain. Voyez les notes de VINNIUS *ad Inst. quib. mod. re contrah. obl. §.* 3. Nous y ajouterons que, par rapport au dépôt, tout comme dans le prêt à usage, il faut faire attention à la volonté des contractants; & que comme l'on ne peut pas supposer que celui, qui dépose quelque chose, prétende que celui, à qui il la confie, en ait plus de soin que de ses propres effets; & que l'on ne peut pas supposer, que celui, qui se charge d'un dépôt, le fasse sous la condition tacite, d'en avoir plus de soin que de ce qui lui appartient en propre: il faut supposer dans celui, qui donne un dépôt aussi-bien que dans celui qui le

qu'il est obligé envers vous, comme vous l'êtes vous-même envers moi, par le contract. *Vous pouvez* au reste, si je le veux, *me céder votre droit*, à l'égard de ce tiers (§. CCCXXXVIII.). Et parce que vous êtes en demeure ou en retard, si, alors que je vous redemande la chose déposée, vous ne voulez pas me la restituer sur le champ (§. CCCCXVII.), *non-seulement vous êtes obligé de me répondre des accidents, par lesquels la chose n'auroit pas été détruite ou gâtée chez moi*, puisque le dommage arrive par votre faute (§. CCLXX.), *mais vous êtes encore tenu à ce qu'il m'importe, que la chose n'ait pas été restituée d'abord* (§. CCCCXIX.). (*g*)

§. DXLII. Puisque *le dépositaire* se charge gratuitement de garder la chose d'un autre (§. DXXXIX.), & qu'il doit avoir soin qu'elle ne périsse ou ne se gâte pas par sa propre faute (§. DXLI.), *s'il fait des frais pour la conservation de la chose déposée, le dépositeur est obligé à les lui rembourser* (§. CCLXXI.). Puisqu'il n'est pas en votre pouvoir de faire pour un autre, ce qui ne peut se faire qu'en négligeant votre devoir envers vous-même (§. LIX.), & que votre obligation ne s'étend pas plus loin (§. LX.); *dans un danger commun, qui n'a été précédé d'aucune faute du dépositaire, il n'est pas obligé à préférer les choses déposées aux siennes, s'il ne peut sauver les unes & les autres; si cependant il les préfere parce qu'elles sont plus précieuses, le dépositeur est obligé à lui restituer la valeur de celles, qu'il auroit pu sauver sans cela* (§. CCLXXI.). Pareillement *si à l'occasion du dépôt, il arrive quelque dommage au dépositaire, par la malice ou la négligence du dépositeur*, si, par exemple, il a mis en dépôt un cheval sujet à ruer, & qu'il n'en avertisse pas, *il doit réparer le dommage* (§. CCLXX.). (*h*)

De l'obligation du dépositeur.

§. DXLIII.

le reçoit, le but de garder la chose comme celui qui la reçoit, a coûtume d'avoir soin de ses propres effets. CELSUS dit avec raison, *quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat: mihi verissimum videtur. Nam & si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam præstabit*; passage sur lequel le célebre Mr. NOODT fait un un Commentaire, dans lequel il tâche de concilier l'opinion de *Proculus* & de *Nerva*, en donnant à celle de CELSUS une très-ingénieuse interprétation. Cependant je préférerois de m'en tenir à la simple raison, de ce qu'il faut présumer dans les contractants, & interprêter par-là ce que CELSUS rapporte de *Nerva*, d'autant que l'explication de Mr. NOODT pourroit donner lieu à des inconvénients, lorsqu'il s'agit d'imputer quelque chose à crime: car l'on pourroit conclure de son raisonnement, qu'aussi dans ce cas une faute grossiere doit être tenue pour dol, jusqu'à ce que celui, qui l'auroit commise, eut prouvé le contraire: doctrine d'autant plus dangereuse qu'il n'y a rien de plus facile, que de ranger une simple bévue au nombre des fautes grossieres; comme on le voit faire souvent à ceux, auxquels le soin de poursuivre les crimes a été commis, & qui ne manquent presque jamais d'aggraver les circonstances, & de profiter de la simplicité des hommes, pour les opprimer & les persécuter. Quoiqu'il soit de ceci, il sera, par rapport au dépôt, toujours vrai, qu'il ne suffit pas d'enseigner, comme le fait notre Auteur, qu'un dépositaire est tenu à réparation, lorsque par sa faute il arrive quelque accident au dépôt; qu'il faut déterminer ici la qualité de la faute, dont un dépositaire est responsable, & que cette qualité doit être déduite de la volonté des contractants, comme je l'ai montré dans la note au §. DXX. & comme le célebre Jurisconsulte *Hollandois*, que je viens de citer, le fait en rapportant l'endroit des Digestes, où ULPIEN observe avec raison, *l. 1. ff. depos. vel contr.* que le Préteur a très-judicieusement distingué les cas, dans lesquels quelqu'un est contraint de déposer ses effets par la nécessité d'un cas fortuit, d'un malheur; de ceux dans lesquels on y est porté de plein gré. Dans le premier cas, on ne peut pas dire à celui, qui a confié un dépôt, qu'il doit se l'imputer, s'il a choisi pour cela un Négligent ou un Etourdi: comme on le pourroit faire sans cela, suivant la remarque de JUSTINIEN §. 3. *Inst. quib. mod. re contr. obl.* Observons encore, qu'on peut tirer de la définition que l'Auteur a donnée de la possession, une infinité de conséquences, propres à déterminer les obligations du dépositaire, dans les différents cas où il peut se trouver.

§. DXLII. (*h*) On trouve dans la *l. 23. ff. depos. vel contra*, un exemple de ce que l'Auteur prou-

Du dépôt de la chose d'autrui. §. DXLIII. *Si l'on dépose chez vous la chose d'autrui, & que vous sachiez qui en est le maître, vous devez la lui restituer* (§. CCLXI.). Je suppose qu'elle a été déposée chez vous à l'insu du maître, & qu'il ne ratifie pas le dépôt, car autrement ce seroit la même chose, que s'il l'avoit déposée lui-même par le moyen d'un autre, ou que si l'autre avoit contracté avec vous du consentement du maître. (*i*)

Du dépôt d'une chose commune. §. DXLIV. Le domaine d'une chose commune indivise, appartenant à plusieurs (§. CXCVI.); & par conséquent, *si l'on depose une chose commune*, tous représentant conjointement la personne du dépositeur, *il ne faut pas la rendre à un seul, mais à tous conjointement*; par conséquent *celui qui la rend à un seul, est encore tenu envers les autres pour leur part.* Et comme *celui qui a reçu toute la chose, est tenu envers chacun pour leur part*, en vertu de la communauté (§. CXCVI.), de sorte qu'il faut leur restituer ce qui leur appartient (§. CCLXI.), *ils peuvent aussi exiger leur part de celui qui a reçu toute la chose.* Comme cependant ils ne peuvent tirer que d'un seul ce qui leur est dû, *s'ils tirent leur part de l'un, l'autre est en même temps libéré.* C'est pourquoi *si la chose déposée est divisible, & qu'il n'y ait point de choix entre les parties divisées*, par conséquent, *si ce sont des choses susceptibles de remplacement qui aient été déposées*, puisqu'elles sont censées divisées actuellement (§. DXXVII.); *on peut rendre à chacun séparément sa portion:* par conséquent, *si les autres portions périssent, celui qui a reçu la sienne, n'est tenu à rien envers les autres.* Mais *si l'on dépose ensemble plusieurs espéces communes*, telles qu'un vase d'argent, des bagues avec des diamants, des habits, du linge, chacun ayant sa part à chacune de ces choses, comme à une chose indivise (§. CXCVI.), *elles ne peuvent être restituées à un seul.*

D'une même chose déposée chez plusieurs. §. DXLV. Comme il est évident par soi-même, que la chose déposée ne peut être restituée qu'une seule fois, & que la restitution étant faite, on ne doit plus rien, en vertu du contract (§. DXXXIX.), *si une même chose a été déposée chez plusieurs, un seul peut la rendre à l'insu des autres, & même il le doit, si on la redemande.* Et comme *celui qui ne veut pas restituer* d'abord est en retard (§. CCCCXVII.), il *est seul responsable envers le dépositeur, de tout ce qu'il importe à celui-ci, que la chose n'ait pas été d'abord restituée* (§. CCCCXIX.). (*k*)

Qui doit répondre pour la faute commise, quand la chose a été déposée chez plusieurs. §. DXLVI. Et comme celui qui a causé du dommage, soit par malice, soit par négligence, est obligé à le réparer (§. CCLXX.), *si une même chose a été mise en dépôt chez plusieurs, chacun répond pour sa propre malice, ou sa négligence, & pour la part qu'il peut avoir à la malice, ou à la négligence commune, à moins qu'on n'en soit convenu autrement*, par exemple, que tous seroient engagés solidairement (§. CCCCXXXVIII. CCCCXXII.).

Du risque qu'on court en renvoyant la chose déposée, & du renvoi de la chose prêtée à usage. §. DXLVII. Comme le dépositaire, en vertu du contract, n'est tenu qu'à la garde de la chose déposée (§. DXXXIX.), & à la rendre en espéce au dépositeur, lorsqu'il la redemande (§. DXLI.); *le dépositeur doit faire savoir par qui la chose déposée doit être renvoyée, & elle doit être renvoyée à ses frais. Si vous la renvoyez, sans le consulter, par qui il vous plaît*, comme elle n'est pas censée restituée, avant

prouve ici de l'obligation, à restituer les frais faits à l'occasion d'un dépôt.

§. DXLIII. (*i*) Il y a dans la *l.* 31. *ff. depos. vel contra*, un très-beau raisonnement de TRYPHONIEN, sur l'obligation du dépositaire à rendre le dépôt au maître, quoique ce soit un autre qui le lui

vant qu'elle ait été reçue, ou par le dépositeur, ou par celui à qui il a voulu qu'on la remît, *c'est à vos risques.* La même chose doit s'entendre du renvoi d'une chose prêtée à usage, quoique le *commodataire*, à cause duquel seul la chose a été prêtée, *soit obligé à la renvoyer, & même à ses frais, s'il le faut.*

§. DXLVIII. Le dépôt d'une chose en litige s'appelle *un séquestre*, & le dépositaire s'appelle alors *le séquestre* (*). On appelle *chose en litige* celle, dont le domaine est *contesté* entre deux ou plusieurs personnes; c'est-à-dire, quand deux ou plusieurs affirment que la chose leur appartient. On voit par-là que *le séquestre se charge gratuitement de garder la chose en litige, & que la séquestration doit se faire chez un tiers, du consentement de tous les contestants.* Dans le Droit civil cette espéce de *séquestre* s'appelle *volontaire*, par opposition au *séquestre nécessaire*, qui se fait par le juge, distinction à laquelle on ne fait pas attention dans le droit naturel, qui a lieu dans l'état de nature, où les contestants n'ont point de juge commun. *Du séquestre.*

§. DXLIX. Comme les contestants, pris conjointement, sont le dépositeur (§. DXLVIII.); *le séquestre doit remettre la chose séquestrée aux contestants qui la redemandent, d'un consentement commun* (§. DXLI.), *ou, après le procès terminé, au vainqueur, aux conditions cependant dont les contestants sont convenus;* par exemple, si le vainqueur est obligé à faire quelque chose pour les autres, avant que d'obtenir la possession, il ne faut pas lui remettre la chose avant que cela ait été fait. *De la restitution de la chose séquestrée.*

§. DL. Comme le dépositaire ne doit pas devenir plus riche par le moyen de la chose du dépositeur; ni le dépositeur, au dommage du dépositaire, quoique celui-ci se soit chargé de garder la chose gratuitement (§. CCLXXI.); *si l'on dépose, &*, par conséquent aussi, *si l'on séquestre* (§. DXLVIII.) *une chose fructueuse, les fruits doivent* aussi *être restitués au dépositeur, ou, dans le cas de séquestre, au vainqueur* (§. DXLIX.), *mais le dépositaire déduit les frais & le salaire des travaux & des soins, sans lesquels on n'auroit pu recueillir les fruits.* Et lorsqu'on trouve à propos, pour éviter les contestations, de convenir d'un salaire, en déposant la chose, *l'accord sur le salaire des travaux & des soins, est une convention ajoutée au séquestre* (§. CCCCXXXVIII.). *De la restitution d'une chose fructueuse, mise en dépôt, ou en séquestre.*

§. DLI. On appelle *mandat* un contract bienfaisant, par lequel nous donnons la commission de faire quelque chose en notre nom, à quelqu'un qui s'en charge gratuitement. Celui qui donne la commission s'appelle le *mandant*; celui qui s'en charge gratuitement se nomme *mandataire*. *Donner commission*, c'est la même chose qu'obliger parfaitement envers nous, un autre, à faire quelque chose en notre nom. Autre chose est donc *recommander*, c'est-à-dire, témoigner à un autre qu'il nous sera agréable, qu'il fasse ce que nous souhaitons; autre chose est *prier*, c'est-à-dire, faire connoître suffisamment, que nous souhaitons ardemment qu'un autre fasse telle chose, & ne refuse pas de la faire. Celui qui recommande & celui qui prie ne contractant point, *en recommandant, ou en priant, nous n'obligeons pas un autre parfaitement envers nous, & nous ne nous obligeons pas* *Du mandat.*

lui ait confié.

§. DXLIV. & DXLV. (*k*) Voyez les *ll. 1. ff.* §. 36 & §. 37. *dep. vel contra. l. 6. eod. l. 71. eod.*

(*) Les mots latins sont différents, *sequestrum* & *sequester*; mais l'équivoque du mot françois n'est pas à craindre.

pas envers lui. Au contraire *le mandataire s'oblige envers le mandant à faire avec toute sorte de diligence, ce qu'on lui donne commission de faire*, & comme il agit, non en son propre nom, mais au nom du mandant, & que par conséquent son droit est

§. DLI. (*l*) Les caracteres par lesquels les Jurisconsultes ont indiqué, ce qu'ils entendoient par *mandat*, conviennent assez avec ceux, que nous trouvons dans la définition de l'Auteur, avec cette différence essentielle pourtant, que notre Auteur fait entrer dans la définition, *en notre nom*; ce qui semble supposer que celui, qui agit en vertu d'un *Mandat*, représente dans cette action la personne qui le lui a donné: l'expression pourtant ne paroît pas être des plus claires: car quoiqu'il semble d'abord, que l'Auteur ait voulu désigner par-là l'acte d'une personne, qui *s'annonce & se présente au nom d'un autre*; l'on diroit cependant, à considérer ce qu'il enseigne dans la suite, qu'il a voulu indiquer par-là uniquement ce que l'on exprime pour l'ordinaire par *agir pour le compte d'autrui.* Or on peut agir pour le compte d'autrui, soit qu'on le déclare ou qu'on ne le déclare point à celui avec lequel on traitte: distinction à laquelle on ne fait souvent pas l'attention qu'elle demande. Il y a une infinité de cas, dans lesquels quelqu'un peut agir sur les ordres d'un autre & en son nom, sans que cela paroisse. Par exemple, il se fait une vente de Livres: *Titius* reçoit des commissions pour cette vente de deux de ses amis, *Gajus* & *Mevius.* Tous deux ont donné commission pour l'achat du *Corps diplomatique. Gajus* à *f* 280: —— *Mevius* à *f* 300: ——. *Titius* fait tous les achats sans s'annoncer comme ayant commission de *Gajus* & de *Mevius*; il achette le *Corps diplomatique* pour *f* 250: ——. Il a fait l'achat pour le compte, ou bien au nom de *Mevius*, quoiqu'il eût commission de *Gajus* à *f* 280: ——. Il a négligé celle-ci parce qu'elle devenoit inutile à *Gajus.* Mais supposé que *Titius* lui-même eût eu envie d'achetter ce Livre, & qu'il eût voulu en donner *f* 320: —— *Titius* auroit pu agir pour lui-même, comme il eut agi pour un troisieme; & dans ce cas ce seroit comme s'il n'avoit eu aucune commission. On peut donc agir pour le compte d'autrui, ou au nom d'un autre, sans déclarer qu'on traite sur ce pied; & on peut le faire en déclarant, qu'on ne traitte que sur ce pied. Dans le dernier cas celui qui agit, représente même vis-à-vis de celui avec qui il traitte, la personne pour laquelle il traitte; dans l'autre cas il la représente simplement, tant par rapport à elle que rapport à lui-même. Or c'est uniquement dans cette derniere relation, que les Jurisconsultes Romains semblent avoir envisagé les effets du Mandat: on ne trouve dans les Pandectes aucunes traces d'une action du Mandant vis-à-vis d'un tiers, ni d'un tiers vis-à-vis du Mandant. Bien loin même d'attribuer à la personne, qui agit en vertu d'un mandat, vis-à-vis de la personne, avec laquelle elle traite, ce caractere représentatif, ils supposent presque partout, qu'elle agit en son propre nom, ou pour son propre compte, & non pas au nom ou pour le compte de celui, qui a donné commission: ils le supposent même dans le Procureur, & dans presque tous les cas, dans lesquels quelqu'un agit sur les ordres d'un autre. En conséquence de cette supposition, l'obligation, le droit, & l'action qui resultoient de l'exécution de la commission, ne se contractoient & ne s'acquéroient proprement pas à celui qui avoit donné la commission, mais à celui qui l'avoit exécutée, qui à son tour étoit tenu d'en répondre à son commettant; & celui-ci devoit de son côté décharger celui qu'il avoit commis. Par exemple, *Cajus* donne commission à *Mevius* de se rendre auprès de *Sempronius*, & de lui acheter un bien fonds, que celui-ci a mis en vente. *Mevius* exécute la commission. *Cajus*, suivant l'esprit du Droit Romain, ne contracte par-là quelque obligation vis-à-vis de *Sempronius*, ni n'acquiert sur lui aucun droit; mais *Mevius* & *Sempronius* sont tenus l'un à l'autre par le contract de vente & d'achat; & *Cajus* & *Mevius* mutuellement par le contract de commission ou de mandat. Il faut que *Mevius* cede à *Cajus* son action d'achat, pour que celui-ci puisse agir contre *Sempronius.* Telle est la disposition du Droit Romain, comme on le peut voir par la *l.* 45. *princ. ff. mand. vel contr. it.* §. 5. *ead. l.* 49. §. *fin. ff. de adq. vel amitt. poss. l.* 28. *ff. de Proc. & Def. l.* 11. §. 7. *de except. rei jud.*

La nécessité de cette double action étant susceptible de bien des difficultés, on la corrigea par d'autres principes, suivant la coûtume des Jurisconsultes Romains, qui, faute d'analyser leurs idées, & de les ramener à des principes universels, se voyoient souvent obligés de corriger un principe adopté, par quelque principe nouveau & subordonné, suivant que l'expérience leur faisoit trouver quelque inconvénient dans l'application de ceux, auxquels ils avoient donné, pour ainsi dire, force de loi. Par exemple, ils trouvoient inique que celui, dont le bien auroit produit quelque fruit par le fait d'un Procureur, dût dépendre de la volonté de celui-ci pour en être mis en possession. Ainsi PAPINIEN dit *l.* 68. *ff. de Proc. & Def. quod Procurator ex re domini mandato non refragante stipulatur: invito procuratore dominus petere potest. l.* 27. *in fin. eod. l.* 79. *ff. de verb. oblig. l.* 5. *ff. de stip. praetor.* Voilà comme dans

eſt réglé, non ſur ſa propre volonté, mais ſur celle du mandant, *il ne doit rien faire que ce que porte le mandat, & le mandant s'oblige à ſon tour envers le mandataire, à ratifier ce qu'il aura fait, ſans ſortir des termes du mandat.* (*l*)

§. DLII.

dans des cas particuliers ils ont adjugé le droit, acquis par quelque contract, à celui, *au nom* duquel on avoit agi, dérogeant par-là à un autre principe, ſuivant lequel c'eſt toujours à celui qui agit, que ſont acquis le droit & l'obligation qui naiſſent d'un contract. *Jus ita eſt comparatum ut unusquisque ſibi acquirat. l.* II. *de oblig. & act. l. ſtipulat.* 38. *§. alteri* 17. *de verb. oblig.* C'eſt la raiſon de ce qu'on lit au §. 5. des *Inſt. L.* II. *T.* IX. Cependant quelques corrections & quelques modifications, que les Juriſconſultes Romains aient faites, dans des cas particuliers, à leur principe *unusquisque ſibi acquirit*, principe dont ils ne pouvoient s'empêcher de remarquer les inconvenients, ils n'ont, à ce qu'il paroît, ni pénétré ni ſenti l'utilité, que la Juriſprudence pouvoit retirer de cette ſimple réflexion, *qu'un homme peut en repréſenter un autre dans ſes actions.* Je dis qu'ils paroiſſent ne point en avoir pénétré ni ſenti l'utilité: car les déciſions que nous trouvons énoncées en différents endroits des Pandectes & du Code, celle, par exemple, du titre des Pandectes, dont la rubrique eſt *de inſtitoria actione*, ainſi que celui *de exercitoria actione*, prouvent aſſez évidemment, qu'ils n'ont pas tout-à-fait rejetté l'idée, qu'on pouvoit acquérir des obligations & des droits par le fait d'un autre; & quoiqu'ils n'aient pas fait de cette vérité l'uſage, dont elle eſt ſuſceptible; ils ont néanmoins ſuffiſamment montré dans pluſieurs cas, qu'ils n'ignoroient pas, qu'une action faite pour nous & en notre nom, pouvoit & devoit ſouvent nous acquérir un droit, ou nous impoſer quelque obligation, même dans des cas où celui qui la feroit, ne dépendendroit pas de nous, ou ne ſeroit pas ſous notre puiſſance, *in noſtra poteſtate*, comme ils parloient: mais ils n'ont pas donné à cette idée toute l'étendue qu'elle mérite. La Théorie du Droit Romain, quoiqu'elle portât, que l'on pouvoit acquérir la poſſesſion par un autre, ainſi que le remarque l'illuſtre Grotius *Droit de la Guerre & de la Paix, L.* III. *Ch.* V. §. 9., & comme nous l'avons fait voir dans la note au §. CC., cette Théorie (dis-je) étoit bien éloignée d'admettre, qu'une perſonne pouvoit acquérir des droits & contracter des obligations au nom d'un autre, de façon que celui qui avoit agi, n'y participât pas plus qu'un inſtrument, dont on ſe ſert pour l'exécution d'un deſſein. Elle étoit bien éloignée d'adopter dans les contracts ces deux maximes du Droit Canon; que l'on peut faire par autrui ce que l'on peut faire par ſoi-même, & qu'il eſt égal que l'on faſſe une choſe par ſoi-même ou par autrui: deux maximes fondées ſur le caractere repréſentatif, dont on fait ſouvent une mauvaiſe application, faute de réfléchir au principe dont elles ſont tirées. L'expérience a appris aux Juriſconſultes Romains, que ces maximes devoient être admiſes, par rapport à ceux qui ſont prépoſés à des affaires de commerce. De-là l'*actio inſtitoria: Marcellus autem ait debere dari actionem ei qui inſtitorem præpoſuit in eos qui cum eo contraxerint. l.* I. *ff. de inſt. act.* & qu'il étoit juſte, que les propriétaires d'un Navire puſſent être tenus par le fait du Capitaine: de-là l'*actio exercitoria.* Il ſemble même, que la néceſſité dans laquelle les maîtres d'un Navire ſe trouvent ſouvent de contracter des engagements, au nom de ceux qui les ont prépoſés, ait été la premiere occaſion des corrections, que les Romains ont faites à leur principe général, que tout contract n'obligeoit que celui qui avoit agi. Voici comme s'énonce Ulpien *in l.* I. *ff. de exercit. act. Utilitatem hujus Edicti patere nemo eſt qui ignoret, nam eum interdum ignari cujus ſint conditionis vel quales, cum magiſtris propter navigandi neceſſitatem contrahamus, æquum fuit, eum qui magiſtrum navi impoſuit, teneri: ut tenetur, qui inſtitorem tabernæ vel negotio præpoſuit, cum ſit major neceſſitas contrahendi cum magiſtro, quam inſtitore.*

Ce n'eſt donc pas, comme l'on voit, de la nature du fait ou de l'acte, ni de l'utilité qui réſulteroit d'un principe fondamental, que les Juriſconſultes Romains ont été conduits à admettre ces deux actions: c'eſt la néceſſité dans laquelle on ſe trouve ſouvent vis-à-vis d'un maître de Navire ou d'un Commis, & celle dans laquelle ceux-ci ſe trouvent plus ſouvent encore d'agir au nom de leurs principaux, qui les y ont portés: cette double néceſſité leur a fait trouver une raiſon d'équité dans ces deux actions: raiſon cependant qu'ils ont aſſez mal indiquée. Ulpien, par exemple, nous dit dans la *l.* I. *ff. de inſtit. act.* que le Préteur a jugé, qu'il étoit équitable qu'on fût tenu par le fait d'un Commis, parce qu'on en retire l'avantage. *Æquum Prætori viſum eſt, ſicut commoda ſentimus ex actu inſtitorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipſorum & conveniri:* qui ne voit que cette raiſon manque de juſteſſe? c'eſt, ſi l'on veut, une raiſon qui ne prouve rien, parce qu'elle prouve trop. Car quoiqu'il ſoit raiſonnable, que le deſavantage d'une choſe tombe à la charge de celui qui en a l'avantage; & qu'il ne faille pas écouter celui qui demande le profit, ſans vouloir participer

aux

aux frais ou à la perte, il n'en résulte pourtant pas nécessairement, que, si le fait d'autrui nous procure quelque avantage, le desavantage, qui peut résulter de son fait, doive tomber à notre charge. ULPIEN l'a bien compris puisqu'il nous dit *l.* 5. *ff. de inst. act.* §. 11. *Non tamen omne quod cum institore geritur obligat eum, qui præposuit: sed ita, si ejus rei gratia, cui præpositus fuerit, contractum est, id est, duntaxat ad id* [*ad*] *quod eum præposuit.* Et encore l'*ejus rei gratia* ne donne pas le véritable motif, pourquoi le principal est tenu par le fait de son commis, dans les choses auxquelles il l'a proposé: car tant que le commis agiroit en son propre nom, que son maître en retirât de l'avantage ou non, & qu'il fût question des affaires, dont le maître l'auroit chargé ou non, ce seroit toujours au commis, auquel il faudroit s'en tenir, attendu que le commis n'auroit contracté que pour lui, & par lui-même en son nom propre. Ainsi l'on voit, & on peut s'en convaincre par une infinité d'autres dispositions du Droit Romain, que les Jurisconsultes Romains n'ont pas connu, ou du moins qu'ils n'ont pas cru devoir adopter le principe fondamental, qui fait passer l'obligation & le droit de celui qui agit à celui qui a préposé: savoir le caractere représentatif. C'est ce caractere qui rend le principal responsable du fait de son commis, & le propriétaire d'un Navire, des engagements contractés par celui, auquel il l'a confié. Par-tout où le commis représente son principal, ses engagements obligent celui-ci, & là où il ne le représente pas, ses engagements ne sont pas non plus obligatoires pour celui-ci: c'est-là le principe général, d'où découlent toutes les conséquences dans les cas particuliers, dont ULPIEN parle dans la susdite *l.* 5. & en voici la raison: c'est que dans ces cas, celui qui agit avec le préposé, ne suit pas la foi de celui-ci, mais la foi de celui qui l'a préposé: conséquemment il ne contracte pas moralement avec le préposé, mais avec le maître, avec celui au nom duquel le préposé agit; & c'est proprement ce motif qui a porté les Romains, à admettre pour d'autres relations ce que d'abord ils avoient cru pouvoir limiter à celles d'un homme d'affaires & d'un maître de Navire: c'est-là ce qui a donné lieu à ces décisions, portées à l'exemple de l'action *institoria*, qui dérogeant à leur grand principe, l'ont presque réduit à rien. Telle est celle qu'ULPIEN nous rapporte de *Papinien* §. 5. *l.* 10. *ff. mand. vel contra. Idem Papinianus libro eodem refert, fidejussori condemnato, qui ideo fidejussit, quia dominus procuratori mandaverat, ut pecuniam mutuam acciperet, utilem actionem dandam, quasi institoriam; quia & hic quasi præposuisse eum mutuæ pecuniæ accipiendæ videatur.* Telle est cette autre de PAPINIEN dans la *l.* 13. §. 25. *de act. empti cond. Si Procurator vendiderit & caverit emptori: quæritur an domino, vel adversus dominum actio dari debeat? Et Papinianus lib.* III. *Responsorum putat, cum domino ex empto agi posse utili actione, ad exemplum institoriæ actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo & per contrarium dicendum est, utilem ex empto actionem domino competere.* Nous en trouvons encore dans le titre des *ff. dep. & cont.* qui sont très-remarquables. Par exemple *l.* 1. §. 11. où ULPIEN donne une action de dépôt au maître d'une chose, contre celui qui l'a reçue d'un tiers, qui avoit commission de la lui confier: *Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quæritur? Et putat, tecum mandati: cum eo vero, qui eas res receperit, depositi: si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi; quam actionem mihi præstabis, mandati judicio conventus.* Le Jurisconsulte POMPONIUS raisonne en conséquence du même principe dans la *l.* 14. *eod.* Par tout cela on voit que, quoique les Jurisconsultes Romains aient été quelquefois furieusement embarassés par leur grand principe, *jus ita est comparatum ut unusquisque sibi acquirat*, ils n'ont pas cependant assez développé les idées, sur lesquelles le Jurisconsulte MODESTINUS dit, *quod naturaliter acquiritur, sicut est possessio, per* QUEMLIBET VOLENTIBUS NOBIS POSSIDERE *acquirimus. l.* 53. *ff. de acq. rer. dom.* S'ils eussent développé ces idées, ils eussent trouvé la véritable source des décisions à porter dans les différents cas, qu'ils nous ont exposés, & dont nous allons en rapporter encore quelques-uns.

Le Mandant, comme nous venons de le voir par la réponse de PAPINIEN, avoit action de vente contre l'acheteur, comme celui-ci avoit celle d'achat contre le Mandant, si celui-ci avoit ordonné la vente: pourquoi? Parce que dans la vente, ainsi que dans le prêt, dont il est parlé un peu plus haut, le propriétaire avoit représenté la personne du Mandant: pourquoi est-ce que PAPINIEN dit *in l.* 31. *pr. ff. de Neg. Gest. Liberto vel amico mandavit, pecuniam accipere mutuam, cujus literas secutus creditor contraxit: & fidejussor intervenit. Etiamsi pecunia non sit in rem ejus versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio ad exemplum institoriæ actionis;* c'est parce que le Créancier s'en est rapporté aux ordres du Mandant; qui dans ce prêt a été représenté par son ami ou son affranchi. C'est pour la même raison que JUSTINIEN veut, que celui, au nom duquel on a fourni de l'argent, ait droit d'hypotheque & de gage aussi-bien que l'action, qui résulte de cet argent fourni. *l.* 2. *C per quas personas nobis acquir. Si* VOLUNTATE MEA *tu des pecuniam*, dit le Jurisconsulte PAUL *l.* 2. *ff. de reb. cred. mihi actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint.* ARISTE en juge de même, & JULIEN l'approuve *l.* 9. §. 8. *ff. de reb. cred.* Si quelqu'un a fait un paiement pour un autre, & qu'il y a erreur, la loi *l.* 6. *C. de cond. ind. l.* 6. & *l.* 57. *ff. de cond. indeb.* accorde à celui pour lequel le paie-

paiement a été fait, le droit de le répéter: & voilà comme nous voyons les Jurisconsultes Romains revenir à des vérités simples, qu'ils paroissent avoir méconnues, ou dont ils ont manqué de pénétrer l'influence. Le commerce de la vie & les affaires qui en résultent, ne cessent jamais de nous indiquer nos écarts & nos erreurs: c'est dans l'application d'une Théorie qu'on en découvre, soit la bonté, soit les défauts; & la Jurisprudence n'offre peut-être aucun point, qui mérite plus notre attention que celui du *mandat:* les besoins de la vie exigent sans cesse que nous agissions par d'autres. Un Souverain a ses Ministres, ses Ambassadeurs, ses Généraux, ses Commandants. Le Commerce de Commission est d'une étendue immense. Les achats, les ventes se font pour la plupart par des préposés, & il ne se fait presque point de contract, sans que les parties n'emploient d'autres personnes pour les arrêter & conclure. La matiere est donc assez importante pour m'engager à une discussion, que la définition que notre Auteur donne du *Mandat* semble même exiger.

Le *Mandat*, dit-il, est *un Contract bienfaisant, par lequel on commet quelque chose à un autre pour l'exécuter en notre nom, & que l'autre se charge d'exécuter gratuitement.* Il faut donc d'abord faire attention ici, que l'homme peut agir ou pour lui-même, ou pour un autre: & dans ce dernier cas, ou bien en son propre nom, ou au nom de celui pour lequel il agit. Qu'il peut le faire dans ces deux derniers cas, soit gratuitement, soit en stipulant une récompense. Dans le Droit Romain on définit le *Mandat*, un *Contract du Droit des Gens de bonne foi, fait par consentement, pour faire gratuitement une chose aux risques du Mandant.* NOODT *ad t. ff. mand. vel cont. L.* XVII. Nous ne nous arrêterons point à faire sentir toute la justesse de la définition de notre Auteur, ni les défauts de celle du Droit Romain: nous remarquerons seulement, qu'elles s'accordent essentiellement en ceci, savoir, que le *Mandat* exige que l'on execute gratuitement une chose pour un autre, sur la demande qu'il nous en a faite & que nous avons acceptée; c'est-à-dire, que nous exécutions gratuitement une commission; & qu'elles different essentiellement en ceci, savoir que, selon notre Auteur, celui qui se charge de faire une chose par *mandat*, se charge de la faire *en notre nom*, caractere essentiel, auquel les Jurisconsultes Romains n'ont pas fait assez d'attention, comme nous l'avons vu ci-dessus, & dont l'importance semble même avoir échappé à notre Auteur, qui auroit pu en tirer une infinité de décisions & de démonstrations.

Quoiqu'il en soit, arrêtons nous à la nature des actions humaines: elle nous offre quatre différentes relations; celle d'agir pour soi-même, celle d'agir pour un autre: & dans ce dernier cas celle d'agir en notre nom, & celle d'agir au nom d'autrui par commission. Ces quatre différentes relations nous indiquent une division ou distinction d'actions humaines, qui, bien observée pourra servir à débarrasser cette matiere de l'obscurité, qui paroît y regner. La premiere relation est visiblement le cas de l'axiome *unusquisque sibi acquirit*, & nous n'avons pas besoin de nous y arrêter, parce qu'actuellement il est uniquement question des cas, dans lesquels on agit pour un autre. On peut, comme je viens de le dire, agir pour un autre ou en son propre nom, ou bien au nom de celui pour lequel on agit. Le premier cas produit les effets que le Droit Romain nous détaille. Le second cas est celui qui est le plus usité. Dans l'un & l'autre cas on peut agir gratuitement ou stipuler une récompense. Mais quoiqu'il y ait une différence entre agir pour un autre gratuitement, ou avec récompense, comme il y en a une entre le prêt & le louage, & que l'on puisse distinguer les actions, suivant qu'elles se font gratuitement ou dans la vue d'un avantage, & qu'il n'y ait aucune absurdité à nommer *Mandat* tout engagement, par lequel l'un se charge de faire *gratuitement* quelque chose pour un autre, soit qu'il agisse en son nom, ou bien au nom de l'intéressé, ainsi que ce mot est employé dans le Droit Romain; ou qu'on veuille le prendre pour désigner un engagement, par lequel quelqu'un se charge de le faire au nom du *Mandant*, cependant la nature de l'acte qu'on fait n'en sera changée, non plus que les obligations & les droits qui en seront dépendants, qu'autant qu'on aura égard à la distinction, que les Jurisconsultes Romains ont faite, relativement à l'utilité qu'on se proposoit dans les contracts, soit pour l'une & l'autre des parties, soit pour l'une des parties seulement.

Mais il n'en est pas de même, par rapport à la différence, d'agir en son nom ou au nom de celui, dont on a commission. Dès qu'on annonce qu'on agit au nom d'un autre, & qu'on contracte sur ce pied avec nous, l'engagement se forme entre celui qui a donné la commission, & celui avec lequel le Mandataire agit. C'est-là une vérité qui vaut bien qu'on s'y arrête, & qui mérite d'être prouvée. En voici une démonstration. Tout contract a pour but de faire concourir la volonté de deux ou de plusieurs personnes à une seule & même fin: l'acte qui se fait pour cet effet, est une détermination de la volonté particuliere de chacune des personnes, qui se proposent de concourir à une même fin. Ainsi lorsque la volonté particuliere de l'un est déterminée, en conséquence de la volonté particuliere de l'autre, & que ces deux volontées, ou ces différentes volontés, s'il y en a plusieurs, se déterminent à une même fin, elles se reglent mutuellement l'une sur l'autre, ou les unes sur les autres; & c'est-cela proprement ce que l'on nomme contracter: conséquemment tout contract est formé, & ne peut être formé qu'entre des personnes, dont les volontés particulieres sont déterminées, l'une en conséquence de l'au-

tre pour une même fin. Ainsi lorsque *Cajus* traite avec *Mevius*, qui s'annonce & se présente comme traitant, non pas pour lui-même, mais pour *Titius*, alors la volonté de *Cajus* ne se détermine point en conséquence de celle de *Mevius*, mais de celle de *Titius*, dont la volonté se détermine & se regle également sur celle de *Cajus*, & non pas sur celle de *Mevius*; & conséquemment le contract se fait non pas entre *Cajus* & *Mevius*, mais entre *Cajus* & *Titius*.

Il est impossible que la volonté d'un Etre se détermine en conséquence de la volonté d'un autre Etre, sans que cette volonté ne lui soit manifestée: il est donc de l'essence de tout contract, que les Contractants fassent réciproquement connoître leurs volontés; mais il n'est pas de l'essence du contract, qu'ils le fassent par tels ou tels signes; par tels ou tels actes: il est donc indifférent, par rapport à la nature & à l'essence d'un contract, de quelle façon les contractants fassent connoître leurs volontés, & par conséquent l'entremise d'un tiers employé à cette fin, ne change rien à la nature & à l'essence de l'acte: par conséquent dès qu'on annonce, qu'on agit au nom d'un autre, & qu'on contracte sur ce pied, l'engagement se fait entre celui qui a donné la commission, & celui avec lequel le Mandataire agit. Considérons un moment les actions humaines, d'après ces notions simples: combien de fois ne voyons-nous pas, dans le commerce journalier de la vie, qu'on refuse de traiter avec quelqu'un, qui se présente pour le faire au nom & pour le compte de quelqu'autre, tandis qu'on lui offre de traiter avec lui directement, & pour son propre compte? & combien de fois ne voyons-nous pas d'un autre côté, qu'on refuse de traiter directement avec quelqu'un & pour son compte, tandis qu'on ne refuseroit pas l'engagement qu'il nous présente, s'il se présentoit chargé de le faire au nom & pour le compte d'un autre? Quelle en est la raison? si ce n'est qu'on ne veut point, ou qu'on veut bien s'engager vis-à-vis de la personne, représentée par le Mandataire ou Commissionaire. Ainsi dans toutes les actions & dans tous les engagements, qui se font par l'entremise d'un tiers, il faut soigneusement considérer, si ce tiers a agi en son nom ou bien au nom de son principal. S'il s'est présenté comme traitant au nom de son principal, il a par-là représenté la personne de son principal: s'il a agi en son propre nom, pour son propre compte, il ne l'a pas représenté. Dans le premier cas il contracte les obligations, & acquiert les droits pour la personne qu'il représente; dans le second cas il contracte ces droits & ces obligations pour lui-même, afin d'en rendre compte à son principal. C'est le dernier cas qui fait le fondement de l'*actio mandati vel contra* des Romains: le premier est susceptible de bien des modifications, comme on peut le voir dans une Dissertation de Mr. HERTIUS, publiée en l'année 1691. & qui porte pour titre: *de Obligatione Mandantis & Mandatarii contemplatu tertii*. La suite fera voir l'utilité & l'importance de ces observations. J'y en ajoute une autre: savoir, que, quoique la définition de notre Auteur semble exclure toute application de sa doctrine, & de ce que nous venons de dire, aux affaires entreprises, faites & exécutées pour & au nom d'un autre, *avec récompense*; elle l'admet pourtant dans tous les cas, dans lesquels quelqu'un agit au nom & pour le compte de quelqu'autre; parce que la différence qu'il y a entre l'acte d'exécuter une commission gratuitement, & celui de la faire moyennant une récompense, ne change rien à la nature de cet acte & du caractere représentatif qui l'accompagne.

Pour ne rien omettre de ce qui peut contribuer, à donner des idées nettes & précises sur cette matiere, reprenons la définition de notre Auteur, & continuons à en développer le sens. Le *Mandat* est (dit-il) *un contract bienfaisant, par lequel on charge quelqu'un de faire quelque chose en notre nom, celui-ci se chargeant de l'exécuter gratuitement.* Je nomme *commission* la charge d'exécuter une affaire; *Commettant* celui qui donne la commission; *Commissionaire* celui qui s'en charge. La commission peut être donnée des différentes manieres suivantes:

1. De l'exécuter pour le compte du principal, sans faire paroître avoir aucun ordre de qui que ce soit; & dans ce cas, le Commissionaire ne représente la personne du Commettant, que par rapport à lui; de façon que le Commettant sera tenu envers le Commissionaire, de tout ce que celui-ci aura fait en vertu de la commission: & le Commissionaire sera tenu envers la personne tierce, avec laquelle il aura traité. Les droits & les obligations acquis auront lieu entre le Commissionaire & son Commettant, & entre le Commissionaire & la tierce personne, sans qu'il en résulte aucun entre le Commettant & la tierce personne. C'est le cas le plus fréquent dans le commerce ordinaire de la vie: & en particulier dans les affaires de commerce, que l'on nomme *de commission*. *Cajus*, par exemple, donne commission à *Titius* de lui acheter cent bales de coton, d'une certaine sorte & à un certain prix, sans désigner de qui: *Titius* les achete de *Sempronius*; *Titius* & *Sempronius* sont tenus l'un envers l'autre par le contract de vente & d'achat; *Cajus* & *Titius* le sont par le contract de commission. Supposons que *Cajus* eût ordonné d'acheter les cent bales de *Mevius*, ou qu'il eût donné commission de les acheter à dix sous la livre ni plus ni moins, & que *Cajus*, au lieu de les acheter de *Mevius*, les eût achetées même d'une meilleure sorte & à neuf sous la livre, de *Lucius*, *Cajus* ne seroit pas tenu envers *Titius*, parce que dans cet achat celui-ci ne l'auroit pas représenté: la volonté de *Cajus* auroit manqué

qué dans cette affaire. Le commerce eſt ſuſceptible d'une infinité de cas de cette nature.

2. De l'exécuter pour le compte du Commettant, en faiſant connoître à celui, avec lequel on agit, qu'on ne traite pas pour ſoi-même, mais au nom & pour le compte d'un tel : & ce cas eſt ſuſceptible de différentes modifications. Le Commisſionaire peut avoir une commisſion générale, de traiter avec la tierce perſonne ſur différents objets: il peut avoir commisſion relativement à un objet unique. Cette commisſion peut être limitée, ou non limitée; & il peut avoir ordre de faire connoître ſa commisſion, ſoit en tout ſoit en partie, à celui, avec qui il traitera. Quelle regle à donner pour ces différens cas? La voici. Toutes les fois que le Commisſionnaire a traité avec la perſonne tierce, conformément à ce qu'il lui a fait connoître de ſa commisſion, la perſonne tierce & le Commettant ſont tenus, l'un envers l'autre par le fait du Commisſionnaire; & ils ne le ſont point toutes les fois, que le Commisſionnaire a agi contre la teneur de la commisſion, qu'il a manifeſtée à la perſonne tierce. Pourquoi? parce que dans le premier cas la volonté de la perſonne tierce s'eſt déterminée ſur celle du Commettant; dans le ſecond cas elle l'a fait ſur celle du Commisſionaire. *Cajus* ſe préſente à *Titius* & lui montre un plein-pouvoir de *Mevius* pour l'achat de différentes marchandiſes, ſans limitation de prix, ni temps de paiement. *Titius* vend à *Cajus*, pour le compte de *Mevius*, différentes marchandiſes à certains prix & à certains termes. *Mevius* & *Titius* ont contracté par l'entremiſe de *Cajus*, & ils ſont tenus l'un à l'autre par le contract de vente Suppoſons que la commisſion de *Cajus* eut été limitée à certaines marchandiſes, à certains prix, à certains termes de paiement; mais que cette limitation n'eût pas été inſérée dans le plein-pouvoir, & que *Cajus* n'en eût pas informé *Titius;* & qu'il eut fait des achats, ſoit d'autres marchandiſes, ſoit à d'autres prix, ſoit à d'autres termes, le fait de *Cajus* obligeroit pourtant *Mevius*, parce que *Titius* n'auroit pas laiſſé de traiter avec *Cajus*, comme repréſentant la perſonne de *Mevius: Titius* ſe ſeroit toujours déterminé ſur ce qu'on lui auroit manifeſté de la volonté de *Mevius*, repréſentée vis-à-vis de lui par celle de ſon Commisſionaire *Cajus:* mais ſi *Titius*, informé des intentions de *Mevius*, eût contracté avec *Cajus*, outrepaſſant les ordres de *Mevius*, celui-ci ne pourroit être tenu par le fait de ſon Commiſſionnaire, parceque dans ce cas *Titius* ſe ſeroit déterminé, non pas ſur la volonté de *Mevius*, repréſentée par *Cajus*, mais ſur la volonté-même de *Cajus:* de façon qu'il ſe ſeroit fait un engagement entre *Titius* & *Cajus;* mais non pas entre *Titius* & *Mevius*. Voici, ſur ce ſujet, un cas arrivé dans la Colonie de *Berbice*, & ce ne ſera vraiſemblablement pas le ſeul de cette nature, auquel le commerce de la vie civile aura donné lieu. *Cajus*, demeurant à *Rio de Berbice*, écrit à ſon ami *Sempronius*, & lui demande de tirer ſur lui pour la ſomme de dix-mille florins, en paiement d'eſclaves, qu'il ſe propoſe d'acheter à *Surinam*. *Sempronius* répond à *Cajus*, qu'il peut tirer ſur lui la ſomme de dix-mille florins, pour l'objet dont il parle, moyennant que la lettre de change, ou que les lettres de change ſoient à trois mois. *Cajus* ayant reçu cette réponſe, donne commisſion à *Lucius*, de lui acheter des eſclaves à *Surinam*, juſqu'à la concurrence de dix-mille florins; & lui donne un plein-pouvoir, dans lequel il eſt dit de faire le paiement par lettres de change ſur *Sempronius* à trois mois. *Lucius* arrivé à *Surinam*, s'addreſſe pour l'achat des eſclaves à *Mevius*, lui notifie ſa commisſion, & lui achete les eſclaves. *Mevius* exige en paiement des lettres de change à ſix ſemaines, au lieu de trois mois. *Lucius* les donne à ſix ſemaines. Ces lettres, envoyées à *Amſterdam*, ſont préſentées à *Sempronius*. *Sempronius* refuſe d'y faire honneur. Elles ſont proteſtées : on les renvoie à *Surinam* à *Mevius:* celui-ci les envoie à *Pius*, à *Rio de Berbice*, avec ordre de pourſuivre *Cajus*. *Cajus* avoit eu la prudence de ne pas accepter les eſclaves, achetés pour lui par *Lucius*, par la raiſon, que celui-ci & *Mevius* avoient agi contre ſes ordres, préſumant bien qu'on ne ſeroit pas honneur aux lettres de change, à cauſe du défaut ſur le terme: mais ſa prudence ne lui ſervit de rien. Il fut condamné à payer les lettres de change, à rembourſer les frais, & l'exécution de cette condamnation le ruina de fond en comble. Qu'une Cour de Juſtice, telle qu'on peut en former dans des Colonies, puiſſe tomber dans des erreurs ſi palpables, cela n'a rien d'étonnant: mais on a lieu d'être ſurpris, que des erreurs de cette nature puiſſent être adoptées par des Juriſconſultes d'une certaine réputation, là où elles ne peuvent être conciliées ni avec les principes du Droit Naturel, ni avec ceux du Droit Romain.

C'eſt ſur les mêmes principes que je viens d'expoſer, qu'un Juriſconſulte d'*Amſterdam*, homme célebre, & qui mérite de l'être, a fait manquer l'exécution d'une affaire, contractée en vertu d'un mandat, en faiſant voir que celui, qui avoit traité avec le Commisſionaire, avoit agi contre la bonne foi, n'ayant pu interprêter le plein-pouvoir, dont celui-ci avoit fait uſage, avec cette étenduë, que l'affaire exigeoit naturellement. Peut-être que les Juriſconſultes Romains, réfléchiſſant au mauvais uſage qu'on pouvoit faire des pleins-pouvoirs, ont cru devoir s'en tenir, autant qu'il étoit poſſible, à leur principe *unusquisque ſibi acquirit*.

Différentes sortes de mandats. §. DLII. Un *mandat spécial*, est celui par lequel on charge quelqu'un, de faire une certaine chose particuliere, ou en espéce, comme d'acheter une maison, un cheval; un *mandat général* est celui, par lequel nous chargeons quelqu'un, de gérer toutes nos affaires en général. L'un & l'autre mandat est, ou *avec libre pouvoir* d'agir, c'est-à-dire, qu'on y détermine seulement en général, ce que doit faire le mandataire, laissant le reste à sa discrétion; ou le mandat est *sans libre pouvoir* d'agir, c'est-à-dire, qu'on y détermine précisément ce que le mandataire doit faire, sans laisser rien à sa liberté. On distingue aussi les *mandats* en *manifestes*, qui sont parvenus à la connoissance de celui, avec qui on a à faire; & *secrets*, qui n'y sont pas parvenus. *Le mandataire doit donc agir selon le mandat secret, sans cependant le manifester à celui avec qui il agit* (§. DLI.), *& l'on ne fait attention au mandat secret, que par rapport à l'obligation qui lie réciproquement entr'eux le mandant & le mandataire.* Il paroît de même, que *si le mandat est sans libre pouvoir d'agir, le mandataire ne doit faire que ce qui est expressément déterminé; &* que, *dans le cas opposé, il doit faire ce qui lui semble bon, ou le meilleur, & qui n'est point contraire à l'équité.* (*m*)

Quelles obligations sont contractées par le mandataire. §. DLIII. Puisque le mandataire agit en votre nom (§. DLI.); *vous êtes censé avoir fait ce qu'il a fait, en se tenant dans les bornes du mandat;* & comme un autre ne peut être instruit de votre volonté, que par le mandat manifeste (§. DLII.); *celui avec qui l'on traite regarde avec raison, comme fait par vous, ce que le mandataire fait, en se renfermant dans les bornes du mandat manifeste* (§. CCCXVIII.). Donc *le mandataire, en promettant, vous oblige envers celui avec qui l'on traite, & en acceptant, il l'oblige envers vous* (§. CCCLXXX. CCCLXXXI.). Il paroît ainsi, que *le mandataire est le ministre d'une obligation à contracter* (§. CCCCXXVI.), & que *s'il doit traiter validement avec l'autre, il est besoin d'un mandat manifeste;* donc *si vous traitez avec un autre, étant muni seulement d'un mandat secret*, puisqu'alors il ignore que vous traitez avec lui au nom d'autrui (§. DLII.), *vous vous obligez envers lui en votre propre nom, mais vous pouvez céder votre droit à votre mandant, même malgré l'autre* (§. CCCXXXVIII. CCCXLII.), & *même vous le devez*, puisque par le mandat se-

§. DLII. (*m*) On n'a égard, dit notre Auteur, au mandat secret, que relativement aux obligations du Mandant & du Mandataire; nous en avons donné la raison dans la note au §. précédent: c'est parce que le Mandataire, traitant sur un plein-pouvoir manifesté, représente le Mandant vis-à-vis la personne avec laquelle il traite, dans tout ce qu'il fait conformément à son plein-pouvoir, ou à ses lettres de créance; & que par-là les engagements se forment entre le Mandant & la personne tierce, soit que le Mandataire suive ou ne suive point les ordres secrets du Mandant. Il est essentiel de bien faire attention à cet énoncé de l'Auteur; parce qu'il renferme un principe fécond, pour décider bien des cas, qui paroissent à la premiere vue assez embarrassants. Nous aurons occasion de le faire voir dans la suite. Au reste, ici comme dans tous les autres endroits, dans lesquels l'Auteur traite la matiere du Mandat, il faut se rappeller que, suivant la définition de notre Auteur, un Mandataire agit toujours *au nom* de son Mandant; & que, suivant le Droit Romain, le Mandataire agit en son propre nom: quoique les Jurisconsultes n'aient pas toujours négligé la distinction à faire entre la commission secrette & ouverte, ainsi qu'il paroît par ces paroles de PAPINIEN. *in l. 31. pr. ff. de neg. gest.* CUJUS LITTERAS SECUTUS CREDITOR CONTRAXIT.

§. DLIII. (*n*) Ce que l'Auteur dit ici est fondé sur le caractere représentatif du Commissionaire, dont nous avons parlé dans la note au §. DLI. Pour pouvoir agir avec quelqu'un au nom d'un autre & pour le compte d'un autre, il faut non-seulement que l'on soit muni pour soi-même d'un pouvoir suffisant; mais il faut encore que celui, avec qui on veut traiter, puisse convenablement être instruit, & qu'il le soit effectivement, de l'autorisation sur laquelle on se présente à lui au nom de celui, pour qui on déclare qu'on veut

ſecret vous êtes obligé envers le mandant (§. DLI.); de plus, comme par ce même mandat, le *mandant* eſt obligé à ſon tour envers le mandataire; il *eſt tenu de ratifier ce que le mandataire a fait dans les termes du mandat ſecret, duquel ſeul il étoit muni* (ibid.). Il ſuit au reſte de ce que nous avons dit, que, *ſi par le mandat ſecret l'on eſt chargé d'autre choſe, que par le mandat manifeſte, & qu'il ne ſoit pas permis de manifeſter le mandat ſecret, il faut traiter ſelon celui-ci, ou dans l'eſpérance de la ratification, ou en ſon propre nom.* (*n*)

Du mandat, qui n'a pas été rempli, ou qui ne l'a pas été à temps.

§. DLIV. Puiſque *le mandataire* s'oblige envers le mandant à remplir le mandat (§. DLI.); *s'il ne remplit pas le mandat, il eſt reſponſable envers le mandant, de ce qu'il importe à celui-ci que le mandat n'ait pas été exécuté* (§. CCCCXV.), *& il ne peut pas, en faveur d'un tiers, interrompre l'exécution du mandat.* Comme cependant il ne doit rien faire, que ce dont il a été chargé (§. DLI.); *s'il ne peut rien conclure avec l'autre, en reſtant dans les termes du mandat, il peut traiter en ſon propre nom, & pour ſon propre compte.* Au reſte comme il eſt coupable du retard, *s'il ne remplit pas à temps le mandat* (§. CCCCXVII.), *il eſt tenu envers le mandant à ce qu'il lui importe, que le mandat n'ait pas été rempli à temps* (§. DLI. CCCCXIX.). (*o*)

De ce qui eſt renfermé tacitement dans le mandat.

§. DLV. *Le mandataire* devant remplir le mandat (§. DLI.), il *eſt cenſé chargé* auſſi *de ce ſans quoi le mandat ne peut être rempli*, d'un voyage, par exemple, s'il ne peut être rempli ſans cela; & comme le mandant eſt cenſé vouloir auſſi, ce qui eſt lié avec le mandat exprès, par exemple, qu'on lui porte des marchandiſes qu'on aura achetées pour lui, *on eſt cenſé chargé auſſi de ce qui eſt lié avec le mandat*, comme de faire porter les marchandiſes. (*p*)

De ce qui revient, ou de ce qu'on donne au mandataire à l'occaſion du mandat.

§. DLVI. Comme le mandataire gere l'affaire du mandant, & qu'il agit au nom, & pour l'avantage de celui-ci, & non pas en ſon propre nom, & pour ſon propre avantage (§. DLI.); *tout ce qui lui revient à l'occaſion du mandat, quand même, à cet égard, il auroit paſſé le mandat*, ſi, par exemple, par-deſſus le fonds de terre qu'il a acheté, ſelon les termes du mandat, il reçoit encore les fruits; ou qu'ayant été chargé d'acheter des chevaux, on lui donne un veau par-deſſus, *il doit rendre cela au mandant.* Mais *ſi après le mandat rempli, on fait un préſent au man-*

veut traiter: d'où il réſulte, ainſi que notre Auteur l'enſeigne, que celui qui ne manifeſte pas ſa commiſſion, s'oblige perſonnellement à la perſonne avec laquelle il traite, & que celle-ci de ſon côté ne contracte aucun engagement, ni n'acquiert aucun droit vis-à-vis du Commettant. C'eſt-là le cas des Négociants, qui font le commerce de commiſſion. Ils reçoivent ordre d'acheter telles ou telles marchandiſes, de telles qualités & à tels prix. Ils le font, mais ſans nommer leur Principal: les engagements, qu'ils prennent, les regardent donc perſonnellement vis-à-vis de ceux, avec leſquels ils les ont contractés; ces engagements les regardent encore perſonnellement vis-à-vis de leur Commettant. Le Droit Romain eſt d'une application générale à ce fait de commerce, bien qu'un Commiſſionaire n'agiſſe pas gratuitement & qu'il jouiſſe d'un bénéfice, qui d'ordinaire eſt de deux pour cent. On peut y appliquer ce que le célebre Profeſſeur VOET dit dans ſes Commentaires ſur les Pandectes, *tit. de actione mandati vel contra*, §. 2. à moins qu'on n'aime mieux croire que, par rapport aux effets d'un mandat, on ne s'arrête plus aujourd'hui dans les Tribunaux, à la néceſſité de s'en être chargé gratuitement; & qu'on eſt revenu de l'idée, que ſans cela le *mandat* ſe change en contract de loyer. Au reſte il paroît, par ce que l'Auteur nous enſeigne dans ce paragraphe, qu'il n'eſt pas de l'eſſence d'une commiſſion, qu'elle ſoit exécutée au nom de la perſonne qui l'a donnée.

§. DLIV. (*o*) Le Droit Romain eſt parfaitement d'accord avec les principes énoncés dans ce paragraphe. Voyez en particulier *l.* 5. *ff.* §. 3. & 4. *mand. vel contr. l.* 8. §. 6. *eod.*

§. DLV. (*p*) Ce que l'Auteur enſeigne dans ce paragraphe, réſulte de cette maxime générale, *qui finem vult, vult media.*

mandataire, cette donation, étant un acte qui n'appartient pas à l'affaire gérée, puisque celle ci subsiste sans cela, de la maniere dont elle a été gérée, *on n'est pas obligé de rendre cela au mandant.* (*q*)

De l'indemnité du mandataire. §. DLVII. D'un autre côté, le mandataire gérant l'affaire du mandant, au nom & pour l'avantage de celui-ci & cela gratuitement (§. DLI.), &, par conséquent, représentant en cela sa personne, *le mandant doit restituer au mandataire les frais, sans lesquels l'affaire n'a pu être gérée, & reparer le dommage, qu'il a souffert à l'occasion du mandat*, puisque sans cela il en auroit été exempt. Comme cependant le mandant n'est obligé envers le mandataire, qu'en conséquence du mandat, ce qui est clair par soi-même, *si, par quelque accident, en exécutant le mandat, le mandataire souffre quelque dommage qu'il auroit tout de même pu souffrir, s'il ne s'étoit pas chargé du mandat, le mandant n'est pas obligé de le dédommager.* Pareillement, comme *le mandataire* n'agit plus en votre nom, s'il passe les termes du mandat, ou qu'il fasse ce dont on ne l'a pas chargé (§. DLIII.), & comme par conséquent la raison de l'indemnité ou du dédommagement cesse, *s'il souffre quelque dommage, à l'occasion de ce qu'il fait en passant le mandat, ou à l'occasion de ce dont on ne l'a pas chargé, le mandant n'est pas tenu de le dédommager, ni de lui restituer les frais faits pour cela.* Comme cependant le mandataire a rempli le mandat, par rapport à ce qu'il a fait dans les termes du mandat, & que vous êtes obligé à ratifier cela (§. DLI.); *vous restez obligé, par rapport aux choses faites dans les termes du mandat.* Mais comme vous ne pouvez pas devenir plus riche au dommage du mandataire (§. CCLXXI.); *si le mandataire a passé les termes du mandat*, si, par exemple, il a acheté des chevaux pour 170. écus, quoique vous ne lui eussiez donné commission que pour 150, *si vous ne voulez ratifier ce qu'il a fait, & l'indemniser, qu'autant qu'il est resté dans les termes du mandat*, puisqu'en effet vous n'êtes pas obligé au-delà (§. DLI.), *& s'il aime mieux avoir agi en son propre nom, à moins que vous ne vouliez ratifier tout ce qui a été fait, le mandat est censé n'avoir pas été rempli*; par conséquent, *il est tenu envers vous, pour ce qu'il vous importe, qu'il n'ait pas été rempli, autant qu'il pouvoit l'être, sans sortir des termes prescrits* (§. DLIV.). Comme encore *le mandataire* n'a pu être obligé au-delà de ce qui est possible (§. XXXVII.); *si, sans qu'il y ait de sa faute, il n'a pu conclure l'affaire, ou qu'il ait éprouvé quelque revers, le mandant est néanmoins tenu de l'indemniser.* Mais au contraire, *si le mandataire a causé quelque dommage par sa malice ou sa négligence, il est obligé de le réparer* (§. CCLXX.). (*r*)

D'une même affaire dont on a donné la commission à plusieurs conjointement. §. DLVIII. *Si l'on donne à plusieurs conjointement la commission d'une même affaire*, comme alors tous conjointement représentent une seule personne, & que, par conséquent, tous sont censés avoir fait, ce qu'a fait un seul, sans opposition de la

§. DLVI. (*q*) Les conclusions que l'Auteur nous expose dans ce paragraphe ont lieu, soit que le Commissionaire se fasse connoître comme tel à celui avec qui il traite; soit qu'il paroisse traiter pour son propre compte. Il représente toujours le Commettant, par rapport à celui-ci, comme nous l'avons fait voir dans la note au §. DLI.

§. DLVII. (*r*) Ce que nous avons dit dans la note au §. DLI. peut servir à donner raison de ce que notre Auteur établit dans ce paragraphe-ci.

§. DLVIII. (*s*) Qu'on se rappelle ici ce que nous avons dit dans la note au §. DLI. & l'on verra combien les vérités, que l'Auteur expose dans ce paragraphe, dépendent de celles que nous avons démontrées dans cette note: que l'on se rappelle en particulier ce que nous avons remarqué sur le caractere représentatif, considéré dans la relation seule du Mandataire au Mandant; car c'est

la part des autres, *ce qui se fait par la négligence d'un seul*, que les autres pouvoient, & par conséquent, devoient prévenir (§. DLI.), *est aussi imputé aux autres.* Mais comme la raison de l'imputation cesse, *s'il faut faire quelque chose, dont les autres devoient commettre le soin à un seul, & qu'ils aient usé en cela de toute la diligence requise*, qu'ainsi ils aient rempli leur obligation pour leur part (ibid.); *ils ne participent pas à la faute commise dans l'exécution.* C'est-à-dire, que *chacun répond pour sa propre faute*, dont les autres ne sont pas participants, & que *tous répondent conjointement pour la faute commune*, & par conséquent chacun *pour sa part*, *à moins qu'on ne soit convenu*, *que chacun seroit engagé solidairement* (§. CCCCXXXVIII.). Mais *si une même affaire est commise par parties aux soins de plusieurs*, comme il y a alors autant de mandats différents, qu'il y a de mandataires, & que chacun d'eux n'est pas obligé à plus que ce dont il est chargé (§. DLI.), *chacun est responsable de sa propre faute.* (*s*)

Du compte qu'il faut rendre de sa gestion.

§. DLIX. *Rendre compte de sa gestion*, c'est exposer distinctement comment on a exécuté chacune des choses requises, pour gérer l'affaire. D'où il suit, que *celui qui a géré l'affaire d'un autre, est tenu de lui rendre compte de sa gestion.* Puis donc que *le mandataire* gere l'affaire du mandant (§. DLI.); il *est tenu de rendre compte de sa gestion au mandant.* (*t*)

Ce qu'on appelle utile dans les contracts.

§. DLX. On n'appelle *utile dans les contracts* que ce qui consiste en argent, ou peut s'évaluer en argent. C'est pourquoi, *dans les contracts*, *on ne regarde à d'autre gain*, *ou dommage*, *ou d'intérêts*, *qu'à celui qui est pécuniaire*, *ou qui peut s'évaluer en argent.* En effet, quand il s'agit de ce qu'on doit restituer à un autre, ou du dommage qu'on doit réparer, il faut évaluer l'un & l'autre en argent, à moins qu'on ne restitue la chose en espéce, ou en genre. De-là l'on voit encore, qui est *celui pour qui on gere une affaire*, c'est celui qui en retire l'utilité.

De ce dont on charge le mandataire, pour son avantage; du conseil.

§. DLXI. Comme on regarde à la seule utilité du mandataire, si on le charge de quelque chose seulement pour son avantage, & que par conséquent il n'importe en rien au mandant, que l'autre fasse, ou non, ce qu'il a dit qu'il feroit, ou ne feroit pas; *si l'on charge quelqu'un de quelque chose, pour son avantage*, *ce n'est plus un mandat*, *mais c'est un conseil;* c'est-à-dire, une déclaration de notre volonté, touchant ce que nous croyons qu'un autre doit faire, laissant cependant à sa liberté de le faire ou non. C'est pourquoi, *il ne résulte du conseil aucune obligation*, *ni pour celui qui le donne*, *ni pour celui qui le reçoit:* par conséquent, *si l'on charge un mandataire de quelque chose*, *seulement pour son avantage*, *cela ne produit aucune obligation.* Mais *si quelqu'un par un conseil malicieux*, *ou frauduleux*, *engage un autre à faire une chose*, *qui doit mal réussir*, puisqu'alors il lui cause du dommage par sa malice (§. CCLXIX.), *il est obligé de réparer le dommage* (§. CCLXX.). (*u*)

§. DLXII.

c'est dans ce sens que l'Auteur en parle dans ce paragraphe.

§. DLIX. (*t*) Si l'on veut se convaincre combien les Jurisconsultes Romains ont été embarrassés, à donner une idée juste de ce qu'ils nommoient *rationes reddere* (*rendre compte*), on n'a qu'à voir ce qu'en dit CALLISTRATUS *in l.* 82. *ff. de cond. & dom.* AFRICANUS *in l.* 31. *eod.* & comment les autres Jurisconsultes en ont parlé. En général ils comprenoient sous l'expression de *rationes reddere*, l'acte de remettre le reliquat. „ Reddition de compte se fait (dit Mr. FERRIERES dans son Dictionnaire au mot *Compte*) par „ un acte, par lequel appert ce que celui, qui „ rend compte de son administration, doit; ou „ ce qui lui est dû, par le moyen du dénombre- „ ment de la recette, & de la dépense des biens „ dont il a eu le maniement." Cela n'est pas bien précis non plus.

§. DLXI. (*u*) Ce que l'Auteur dit ici sur la dis-

Du mandat qui se fait pour l'utilité d'autrui. §. DLXII. Mais comme vous regardez l'affaire d'autrui comme la vôtre, en donnant une commission pour autrui, & que par conséquent vous contractez avec le mandataire (§. DLI.); *le mandant est tenu pour le mandat, & le mandataire à son tour est obligé envers lui, si on l'a chargé de quelque chose pour le compte d'autrui. C'est* donc *aux risques du mandant, s'il donne un mandat tout à la fois, pour le compte du mandataire, & pour celui d'autrui*, par exemple, que vous prêtiez de l'argent à Titius, *tout comme s'il étoit donné pour le compte du mandant & du mandataire*, par exemple, que vous prêtiez de l'argent à Titius, qu'il doit employer à mon profit (§. DLXI.).

De la commission de faire une action honteuse. §. DLXIII. Puisqu'une *action honteuse* est celle, qui est défendue par la loi; *si l'on donne commission de faire une action honteuse, le mandat est nul* (§. XLII.); par conséquent *il n'en résulte aucune obligation.* (*x*).

Du mandat à remplir par équivalent, & en forme spécifique. §. DLXIV. On dit qu'un *mandat* est *rempli par équivalent*, si on le remplit par une autre chose, aussi utile ou plus utile que celle dont on avoit été chargé; il est *rempli en forme spécifique*, si on le remplit précisément par ce dont on avoit été chargé. *Si l'on donne quelque mandat dans un but général, qu'on peut aussi obtenir autrement*, par exemple, que vous achetiez la maison de Titius pour 4000. écus, parce qu'elle est située dans un endroit commode, où l'on met en vente les marchandises, comme le mandant ne se propose autre chose, que d'avoir une maison située commodément pour le commerce, & dont le prix ne passe pas 4000. écus, *il est permis de remplir le mandat par équivalent*, par exemple, dans le cas proposé, d'acheter une autre maison plus commode à meilleur marché. Comme cependant c'est par le sentiment du mandant, & non par le vôtre, qu'il faut juger de l'avantage qu'il se propose, surtout, puisqu'outre le but principal, il peut en avoir d'autres subordonnés; *il faut remplir le mandat en forme spécifique*, à

différence qu'il y a entre le Mandat & le Conseil, se trouve aussi dans le Droit Romain. Voyez §. 6. *Inst. de Mand. l.* 2. *pr.* & §. *ult. ff. mand.*

§. DLXIII. (*x*) C'est une regle générale qu'aucun engagement ne peut subsister, dès qu'il répugne à nos devoirs; parce que rien au monde ne peut nous dispenser des obligations, qui résultent de la Loi naturelle: il en est de même des engagements contraires aux dispositions des Loix civiles. Les contracts cessent d'être obligatoires, dès qu'ils sont contraires à ce qui est statué par les loix civiles. *Pacta conventa quæ neque dolo neque adversus Leges, Plebiscita, Senatusconsultus, Edicta Principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo*, dit le Préteur Romain dans son Edit. *l.* 7. §. 7. *ff. de pactis*, passage que j'ai déjà cité, & sur lequel on lit avec plaisir le Commentaire de Mr. NOODT, dans son Traité *de pact. & transact.* C'est la regle générale, dont je viens de parler, qui a fait dire à l'Empereur JUSTINIEN ce que notre Auteur enseigne ici; savoir, que tout mandat, contraire aux bonnes mœurs, n'impose aucune obligation. §. 7. *Inst. tit. mand.*

§. DLXIV. (*y*) Les hommes pechent souvent contre la regle, que notre Auteur nous indique dans ce paragraphe, parce qu'ils sont naturellement portés à penser, qu'un autre ne peut trouver mauvais ce qu'ils jugent être bon; d'où il arrive souvent, qu'on dessert un ami, croyant lui rendre service.

§. DLXV. (*z*) Ce paragraphe est conforme au §. 9. des *Institutes* titre du *mandat.* Les notes des Commentateurs, & celles de Mr. FERRIERES, si on veut les lire, pourront donner une idée de la différence que les Romains faisoient entre un mandat & une commisſion donnée à un Procureur.

§. DLXVI. (*a*) Ce paragraphe est encore conforme au Droit Romain, comme on peut le voir au §. 10. des *Inst.* titre du *mandat.* Nous observerons seulement, que les Romains bâtissoient toujours sur le principe qu'un Mandataire contractoit pour lui-même, & que cela lui donnoit une action contre le Mandant: ils ne déduisoient pas les vérités des mêmes sources que notre Auteur expose ici. Selon les Commentateurs du Droit Romain le mandat cessoit par la mort du Mandant, parce que (dit Mr. FERRIERES d'après VINNIUS & d'autres) celui qui s'en charge n'a point d'autre vue, que de rendre un office d'ami au

à moins qu'on ne soit assuré qu'on répond également au but du mandant, en le remplissant par équivalent (§. DLI.). (y)

§. DLXV. On dit que le mandant *révoque le mandat*, s'il déclare au mandataire, qu'il ne veut plus qu'il le remplisse. Comme le mandataire ne retire aucune utilité du mandat (§. DLI. DLX.), & que par conséquent, il ne lui importe point que le mandat se remplisse ou non, *le mandant peut à son gré, révoquer le mandat, avant qu'il soit rempli.* Comme cependant le mandat subsiste tant qu'il n'a pas été révoqué, *si l'on a commencé à remplir le mandat, ou qu'on ait fait des frais pour le remplir, le mandant est obligé d'indemniser le mandataire* (§. DLVII.). (z) *De la révocation du mandat.*

§. DLXVI. Le mandataire étant le ministre d'une obligation à contracter (§. DLIII.), *le mandat s'éteint par la mort du mandant* (§. CCCCXXX.). Mais *s'il a voulu expressément qu'on le remplît, quand même il viendroit à mourir, avant qu'il fût rempli*, puisque le mandataire s'est engagé à cela (§. DLI.), *il faut le remplir même après la mort du mandant.* Il paroît même, que, *si l'on donne un mandat à remplir en cas de mort, ou après la mort du mandant, il faut le remplir après sa mort.* Et comme *le mandataire, qui ignorant la mort du mandant, remplit le mandat*, ne fait rien que ce à quoi il s'étoit obligé (ibid.), & dont il est censé s'être chargé, sous condition d'être indemnisé (§. DLVII.), il *doit être indemnisé* en effet. *La même chose doit s'entendre*, de la même maniere, *de celui qui, ignorant que le mandant est mort, contracte avec le mandataire, se reposant sur un mandat manifeste* (§. DLIII.). Mais *si le mandataire, sachant que le mandant est mort, contracte avec quelqu'un qui l'ignore, & qui se repose sur un mandat manifeste, il est tenu envers lui pour ce qu'il lui importeroit de n'avoir pas contracté* (§. CCCCXV.), puisqu'il lui cause du dommage par sa faute (§. CCLXIX.). (a) *Si l'on peut remplir le mandat après la mort du mandant.*

§. DLXVII.

au mandant: c'est pourquoi dès qu'il est mort, la cause qui le portoit à se charger de la commission cessant, l'obligation qui provenoit de ce contract cesse aussi, tant de sa part, que de la part des héritiers du mandant. Cet argument, quoique conforme aux idées des Jurisconsultes Romains, auroit pu être facilement éludé: car l'office d'ami exige, que l'on fasse pour les héritiers ce dont on se feroit chargé, pour le défunt, en cas que la chose fût telle, qu'on pût supposer ou présumer, que le défunt en eût souhaité l'exécution, tant par rapport à lui-même, que par rapport à ses héritiers: ainsi la raison, prise de l'amitié, pourroit souvent être employée à prouver le contraire de ce qu'on prétend prouver par elle. Mais encore ici il y a plus d'une remarque à faire; & ce que l'Auteur enseigne dans ce paragraphe, fait voir qu'il n'a pas assez soigneusement distingué les deux cas du mandat, dans l'un desquels le mandataire traite pour autrui, sans le déclarer à celui avec qui il traite; & dont l'autre suppose, qu'il s'est déclaré porteur de la volonté d'autrui. Il est visible, que dans le premier cas la mort du mandant ne change rien à la nature, ni à l'effet du contract, fait entre le mandataire & la personne tierce; ainsi tout ce qu'il y a à faire dans ce cas-ci, c'est d'examiner de quelle nature a été le mandat, pour pouvoir juger de son effet, relativement au mandant & au mandataire. Notre Auteur dit, que, si le mandant a voulu que sa commission fut exécutée même après sa mort, le mandataire est tenu de l'exécuter: que le mandataire est également obligé de le faire, si le mandat porte qu'il ne doit être exécuté, qu'en cas de décès ou après la mort du mandant. Notre Auteur détaille ceci avec beaucoup de précision dans son grand ouvrage, *P.* IV. *C.* III. §. 761. *& suiv.* mais comme il fonde sa démonstration sur l'obligation du mandataire, il ne prévient point l'objection qu'on peut lui faire, en soutenant, que nous pouvons aussi peu donner une commission pour l'exécuter après notre mort, qu'il est impossible de faire passer nos biens à quelqu'un par l'effet d'un Testament. Un mandataire, dira-t-on, ne peut représenter la volonté d'une personne morte, & qui réellement n'en a point: on ne peut donc se charger d'une commission, à la condition de l'exécuter, soit que le Contractant vive ou ne vive point; & encore moins sous la condition de ne l'exécuter qu'après sa mort; parce que cela suppose, qu'on peut agir sur la volonté d'un mort, & qu'un mort peut

 être

De la mort du mandataire. §. DLXVII. Comme le mandant n'est censé avoir confié l'affaire à une telle personne, que parce qu'il se croyoit sûr de sa diligence, & de sa fidélité; *le mandat est personnel* (§. CCCC.): par conséquent l'obligation qui en naît (§. DLI.), ne passant pas hors de la personne du *mandataire* (§. CCCCII.), *le mandat est rompu par sa mort.* Et par la même raison, *vous ne pouvez, sans le consentement du mandant, donner, qu'à vos risques, le mandat à un autre.* (*b*)

De la renonciation au mandat. § DLXVIII. On dit que le mandataire *renonce au mandat*, quand il fait connoître au mandant, qu'il ne veut plus remplir la commission, dont il s'étoit chargé. On dit que la *renonciation* est *à temps*, s'il n'importe pas au mandant que le mandataire ne veuille pas remplir le mandat; mais elle est *hors de temps*, si le

être doué d'une volonté.

Cette objection est encore plus frappante dans le second cas: c'est-à dire, dans le cas qu'un Mandataire se soit déclaré pour porteur de la volonté d'un autre, & qu'il ne traite non pas en son propre nom, mais au nom & aux risques de son Commettant. Nous avons prouvé, & notre Auteur raisonne sur les mêmes principes dans son grand ouvrage, qu'alors la volonté de la personne tierce, ne se détermine point sur celle du Mandataire, mais du Mandant, & que par là il se fait réellement un contract, entre la personne tierce & le Mandant: or comment la volonté de cette personne tierce peut-elle se déterminer, sur la volonté d'un mort qui n'en a point? Tant que le Mandant est en vie, sa volonté, manifestée par le Mandataire, demeure constante, attendu que le Mandataire représente le Mandant, & qu'il peut le représenter tant qu'il vit; mais ne pouvant représenter un mort pour des actions morales, qui supposent une volonté, il est impossible qu'on contracte avec un mort: & partant il est impossible qu'une personne traite avec un Mandataire, à l'effet que le contract subsisteroit bien que le Mandant fût mort dans le temps que le contract auroit été conclu avec le Mandataire. Les décisions de notre Auteur supposent, que les hommes ont la faculté de former des volontés, qui n'aient effet qu'après leur mort: or cette proposition n'a point été démontrée: elle suppose, que les hommes ont le droit de tester; que les biens passent par intestat au plus proche parent; que les héritiers sont tenus de respecter la volonté du défunt: points à discuter & qui n'ont pas encore été prouvés Que *Mævius* ait commission de *Titius* d'acheter de *Sempronius* une fabrique; que *Titius* meure pendant que *Mævius* remplit sa commission. Si les biens de *Titius* deviennent par sa mort des *res nullius*, si *Titius* n'a pu nommer des héritiers; si le Droit naturel n'admet point l'héritage *ab intestat*, quel sera l'effet de l'achat, fait pour le compte du défunt? *Sempronius* ne pourra pas le faire valoir contre un mort: il ne pourra pas le faire valoir contre quelqu'autre: il ne pourra pas non plus s'en prendre aux biens délaissés par le défunt: & il en résultera, que l'achat sera nul. Il en sera de même des ordres donnés à exécuter après la mort de celui qui les donne. Nous examinerons cette matiere, lorsque nous en serons au droit de tester; il suffit d'avoir indiqué ce qui manque aux démonstrations de notre Auteur, pour les rendre complettes. Si l'on prend la peine de confronter ce qu'il enseigne du mandat, avec ce qu'en disent GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* XI. §. 12. & *suiv.* PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* III. *Ch.* IX. & ceux qui ont commenté ces deux Auteurs, on sera peut-être surpris de voir la clarté, que notre Philosophe a répandue sur cette matiere.

Admettant comme une proposition prouvée, que l'homme a le droit de former des volontés, à l'effet de les faire exécuter même après sa mort; il en résultera, que, si un Mandant a voulu qu'indépendamment de sa vie ou de sa mort, le mandat fut exécuté, sa volonté sera une volonté constante valable même après sa mort: le mandat ne cessera point alors par la mort du Mandant, dont la volonté sera toujours représentée par le Mandataire; & rien n'empêchera un tiers de traiter avec celui-ci sur ce pied. Ainsi dans le cas qu'on aura donné commission de faire une chose après sa mort, celui qui l'aura acceptée sera tenu de la remplir: les héritiers du défunt pourront l'y obliger, & il a, à son tour, action de mandat contre les héritiers, ainsi que l'observe MARCELLUS *in l.* 12. §. 17. *ff. mand. vel contr.* Par une semblable raison, le mandat aura son effet & subsistera, tant que le Mandataire ignore le décès du Mandant. Les Jurisconsultes ont senti cette vérité, mais embarassés par leurs principes, ils ont prétendu, que le mandat à la vérité cessoit par la mort, mais non pas l'obligation, ni l'action. *l.* 26. *pr. l.* 58. *ff. mand.*

La fin de ce paragraphe regarde le droit, acquis sur le Mandant par celui, avec qui le Mandataire a contracté: & à cet égard le Droit Romain ne nous dit rien. Supposons, par exemple,

le mandant souffre quelque dommage par la renonciation. Comme donc le mandataire est obligé envers le mandant, à remplir le mandat (§. DLI.); *il n'est pas permis de renoncer au mandat sans une juste cause*, c'est-à-dire, *à moins qu'il ne se présente un obstacle inévitable, & insurmontable;* par conséquent, *si la renonciation a été faite hors de temps, le mandant est tenu de réparer le dommage causé, & à ce qu'il importe, que le mandat n'ait pas été rempli* (§. DLIV.). Mais comme le mandant ne souffre aucun dommage par une renonciation à temps, aussi *le mandataire n'est tenu à rien pour une renonciation à temps; ce qui doit s'entendre* aussi *des cas, où il est survenu un obstacle inévitable & insurmontable*, puisque l'obligation ne s'étend pas au-delà de ce qui est possible (§. LX.). (*c*)

§. DLXIX.

ple, que *Titius*, sachant la mort de *Sempronius*, contracte avec *Mævius*, qu'il fait agir comme Mandataire de *Sempronius*, & que *Mævius* ignore le décès de celui-ci. Suivant le Droit Romain, *Titius* a droit contre *Mævius* à l'accomplissement du contract; & *Mævius* a droit contre les héritiers de *Sempronius* pour cause du mandat: mais il n'en est pas ainsi selon les principes, que nous avons exposés ci-dessus au §. DLI. Car suivant ces principes & suivant les loix de l'équité, auxquelles les Jurisconsultes Romains avoient constamment recours, lorsqu'il y avoit quelque chose de dur dans une conséquence, prise d'un principe de Droit, *Titius* ayant contracté par *Mævius* avec *Sempronius*, le contract seroit nul, s'il avoit su que *Sempronius* étoit mort. La raison en est simple: on ne peut contracter avec une personne, qu'on sait n'être pas en vie. Mais si *Sempronius* avoit voulu, qu'indépendamment de sa mort, l'affaire eût lieu; par exemple, s'il avoit donné commission à *Mævius* de contracter en son nom avec *Titius*, pour que celui-ci lui érigeât après sa mort une statue; & que *Titius* s'y fût engagé sur le plein-pouvoir de *Sempronius*, ignorant le décès de celui-ci; le contract seroit valide, par les raisons que notre Auteur allegue, & que l'on peut aisément déduire des principes, que nous avons exposés sur cette matiere.

§. DLXVII. (*b*) L'on conçoit que le Mandataire venant à mourir le mandat cesse par-là, attendu qu'un mort ne peut prêter son ministere à un vivant ni le représenter: mais on ne sentira pas sitôt la vérité de la derniere proposition, énoncée dans ce paragraphe; savoir, qu'on ne peut commettre à un tiers ce dont on s'est chargé: vérité cependant très-importante, à laquelle on ne fait pas toujours l'attention qu'elle demande, qui peut servir à résoudre une infinité de cas dans le droit public, aussi-bien que dans le droit civil; & qui déroge à cet autre principe, savoir, qu'on peut faire faire par un autre, ce qu'on a droit de faire soi-même. Notre Auteur en indique la raison. Un Mandant ne donne commission qu'à celui, sur la diligence & l'exactitude duquel il croit pouvoir compter & se reposer: cette confiance est personnelle; elle regarde uniquement la personne à qui on confie une commission: elle rend donc aussi la commission personnelle. Ainsi (pour rendre cette doctrine sensible par quelque application) lorsqu'un Peuple se soumet au gouvernement d'un Prince, ou par voie de succession à une famille, ou bien à un corps de Magistrats, de quelque maniere que ce puisse être, le Peuple confie sa vie, ses biens, sa sûreté, en un mot le salut de la Patrie à ce Prince, ou à cette famille, ou à ce corps de Magistrats: c'est de la part de ce Prince, de cette famille, ou de ce corps de Magistrats qu'il compte d'obtenir la protection & les soins, que la sûreté de l'Etat pourra exiger. Ce Prince, cette famille, ou ce corps de Magistrats n'a donc aucun droit de transmettre le gouvernement à un autre. On déduit du même principe, qu'il est contraire à l'ordre & à la nature des Sociétés civiles, que des emplois soient conférés à des personnes, qui ne sont pas en état de les remplir elles-mêmes, ou qui puissent s'en remettre à d'autres pour les remplir.

§. DLXVIII. (*c*) Le Droit Romain est d'accord avec ce que l'Auteur enseigne dans ce paragraphe. Voy. §. II. *Inst. tit. du mandat.* „ Celui qui s'est chargé d'une procuration, (dit Mr. FERRIERES dans son Commentaire sur ce §.) y „ peut renoncer, pourvu qu'il le fasse à temps. „ La raison (ajoute-t-il) est, que l'on ne peut „ point être contraint de faire plaisir, de même „ qu'on ne peut point malgré soi recevoir un „ bienfait." Cette raison me paroît peu concluante. L'on pourroit, ce me semble, y faire l'objection, que celui, qui s'est engagé de faire une chose, a contracté par-là une obligation formelle de l'exécuter: & on pourroit encore se prévaloir de la maxime, applicable à tout engagement, *quod prius est voluntatis postea fit necessitatis;* maxime que Mr. FERRIERES croit ne pouvoir être admise ici. L'exacte justice ne permet pas, que celui, sur qui on s'est fié, sur qui on s'est reposé, & auquel on a confié ses vues & ses inté-

térêts, par rapport à une commission, s'en décharge uniquement par la raison, qu'il n'est pas tenu de faire plaisir: si rien ne l'obligeoit d'en accepter la proposition ou la demande, s'il dépendoit de lui de se charger de l'affaire, ou de ne point s'en charger; ne faut-il pas, après s'en être chargé, quelque chose de plus que le simple bon plaisir pour y renoncer? Notre Auteur enseigne, qu'il faut une juste cause, un obstacle inévitable & insurmontable: cependant dans le for civil, il seroit assez embarrassant de décider ce que, dans des cas particuliers, il faudroit entendre par un obstacle inévitable & insurmontable; & jusqu'à quel degré il faudroit avoir égard aux dommages & intérêts; & comment il en faudroit permettre l'estimation. Par exemple, on annonce la vente de plusieurs Plantages à *Surinam*. *Titius* ayant envie d'en avoir un, & sachant que *Sempronius*, qui demeure à *Surinam*, est très en état de les apprécier & d'en connoître la valeur, écrit à *Sempronius* & lui demande, s'il veut bien lui acheter un des plantages qu'on a mis en vente. *Titius* marque à *Sempronius*, qu'il s'en remet tout-à-fait à ses lumieres & à son jugement pour cet achat. *Sempronius* accepte la commission; & s'en excuse ensuite sous prétexte de quelque incommodité, & de différents obstacles imprévus: la vente des plantages cependant n'a pas lieu: elle a été remise à un autre temps. La commission de *Titius* pourroit encore être exécutée. *Sempronius* en donne connoissance à *Titius*; mais celui-ci ne connoît personne à *Surinam* en qui il ait cette confiance, qu'il avoit en *Sempronius*. Néanmoins c'est uniquement sur la persuasion, que *Sempronius* rempliroit sa commission, que *Titius* a fait des dispositions, qu'il a refusé d'autres affres, qu'il a laissé échaper les occasions d'employer ses fonds ailleurs: suffira-t-il que *Sempronius* dise, qu'il ne peut pas être contraint de faire plaisir? qu'il en a été empêché par des obstacles insurmontables? Non. Il faut une *juste cause* de son dédit; & en ceci les principes de notre Auteur sont mieux d'accord avec le Droit Romain, que les idées de Mr. FERRIERES, & des Commentateurs dont il les a empruntées. *Sicut autem liberum est, mandatum non suscipere: ita susceptum consummari oportet, nisi renunciatum sit: renunciari autem &c. l. 22. ff. mand. §. fin. l.27. §.2.* Il en est sur ce sujet, comme de presque toutes les actions de la vie humaine: ordinairement elles sont accompagnées de tant de circonstances, soit par les différentes situations, dans lesquelles les personnes qui contractent se trouvent, soit par les relations qu'elles ont entr'elles, qu'il est très-difficile de ne pas se méprendre sur les principes qu'il faut suivre.

C'est à mon avis à quoi l'on ne fait pas assez d'attention, lorsqu'on examine ou qu'on tache de déterminer, jusqu'à quel dégré un Mandataire est responsable de ses manquements. En général on prétend sur l'autorité du Droit Romain, ou plutôt sur les rescripts des Empereurs que l'on trouve *ll. 13. & 21. C. mand. vel contra*, qu'un Mandataire est responsable de la moindre bévue, de la moindre négligence, de la *faute très-légere*, comme les Interprêtes parlent. Cette opinion a paru dure à quelques Jurisconsultes. Pour la combattre, ils ont eu recours aux obligations du Dépositaire, & ils en ont déduit cet argument-ci. Suivant le Droit Romain un Dépositaire n'est responsable que du dol & de la faute grossiere, parce que le contract du dépôt n'a que l'avantage du Dépositeur pour but, & que le Dépositaire ne retire aucun avantage de son fait. *l. 5. §. 2. ff. commod.* or, (c'est ainsi qu'on continue le raisonnement) si un manque d'avantage de la part de celui, qui, en vertu d'un contract, rend quelque service, est la raison, pour laquelle on ne doit pas le tenir responsable de la *faute légere* ou *très-légere*, on ne doit donc pas en rendre responsable le Mandataire, puisque celui-ci ne retire aucun profit du service qu'il rend au Mandant: posez le principe, vous en posez les conséquences. A ce raisonnement, on répond par celui-ci.

Le contract de mandat contient celui de gestion (*negotiorum gestio*): ce contract exige non-seulement, comme le dépôt, la bonne foi, mais il demande outre cela de l'industrie, de l'intelligence & de la capacité: celui qui donne commission, suppose ces deux qualités dans celui qui l'accepte; celui qui l'accepte insinue, en acceptant la commission, qu'il possede les qualités requises pour l'exécution de ce dont il se charge, sans cela il n'accepteroit point la commission: de plus il s'en charge gratuitement; il est tenu à tout ce que les loix de l'amitié exigent: la moindre faute doit lui être imputée. Tel est le raisonnement, par lequel on combat celui qu'on tire des obligations du Dépositaire: on peut le voir entr'autres dans les Commentaires de VINNIUS, NOODT & HUBER. A dire le vrai, je ne trouve ni l'un ni l'autre de ces deux raisonnements bien concluants. Le premier suppose, que le manque d'avantage dans celui qui rend service à un autre, est la seule raison pourquoi il n'est pas tenu de la *faute très-légere*. Quoique le Droit Romain paroisse en quelque façon autoriser cette supposition, cependant plusieurs endroits des Pandectes nous font voir, qu'on n'a point admis cette cause, comme raison décisive dans tous les cas. Quant au second raisonnement, il semble plutôt éluder la force du premier, qu'il ne le réfute. Du moins n'est-il pas sans replique. On niera, par exemple, que le mandat contienne une gestion d'affaires proprement dite; on niera que le mandat exige essentiellement, dans le Mandataire, ce degré de connoissances, d'industrie, d'exactitude qu'on lui suppose, afin de le rendre responsable de la moindre faute; on niera qu'un Mandataire, en acceptant une commission, insinue, ou affir-

affirme par-là, qu'il est au-dessus de toute inattention, de toute inadvertence, de toute méprise: qu'il possede les qualités requises pour exécuter la commission, de façon que rien n'y manque: à toutes ces suppositions, on en opposera d'autres, qui paroîtront pour le moins aussi valables: mais ce n'est pas tout. Le second raisonnement peche comme le premier par un défaut essentiel: il revient à cet argument-ci. „ Le dépôt & le „ mandat sont de différente nature, donc les „ fautes commises par le Dépositaire & par le „ Mandataire, ne peuvent être imputées de la „ même maniere: donc le Mandataire est tenu „ de la *faute très-légere*, quoique le Dépositaire „ ne le soit point." Il y a ceci à observer sur cet argument: qu'il faudroit, si l'on vouloit combattre la comparaison, que l'on fait du mandat au dépôt, pour indiquer le degré d'imputation qu'on doit admettre dans le mandat, prendre en ce cas les principes, sur lesquels on détermine proprement les degrés d'imputation, dans l'un & dans l'autre de ces deux contracts; il faudroit examiner jusqu'à quel point ces principes y ont lieu; indiquer la différence à cet égard de l'un à l'autre; & montrer que l'on trouve dans le mandat précisément ce caractere, qui admet l'imputation de la faute la plus légere, tandis que ce caractere ne se trouve point dans le dépôt. Dire que le mandat exige, outre la bonne foi, de l'industrie, de la capacité, de l'intelligence; que c'est à cela que regarde le Mandant; que c'est cela qu'il exige en vertu de l'amitié; que ce sont ces qualités que le Mandataire assure qu'il possede; que ce sont ces qualités qu'il s'engage d'employer pour son ami; qu'il se soumet & s'oblige à tout ce que les loix de l'amitié peuvent lui imposer: toutes ces raisons vagues ne dénotent aucun principe d'imputation qui en puisse régler les degrés. *Gajus* prie *Titius* de traiter pour lui avec *Sempronius*, & de régler tout ce qui a rapport au contract. *Titius* s'en charge gratuitement par amitié pour *Gajus*. Sera-ce raisonner solidement si l'on dit, *Titius* s'est chargé gratuitement & par amitié, de traiter pour *Gajus* avec *Sempronius*; donc la moindre faute doit lui être imputée. Où cherchera-t-on dans ce raisonnement la proposition, qui lie les deux suivantes: *agir gratuitement & par amitié, & être responsable de la moindre faute?* De même, si l'on dit, *Gajus* se charge de faire pour *Titius* une chose, qui exige de l'industrie & de la capacité, donc *Gajus* est tenu de la moindre faute: ne puis-je pas demander, quelle est la proposition qui lie les deux suivantes: *agir dans une affaire qui demande de l'industrie & de la capacité, & être responsable de la moindre faute?* La seconde suit-elle immédiatement de la premiere? En est-elle une conséquence immédiate & absolue? Si cela est: Pourquoi donc ne pas l'admettre dans les contracts de société, de vente, & autres? Parce que ces contracts ont pour but une utilité relative, réciproque, ou combinée des deux parties? parce que ce sont des contracts onéreux? soit. Vous avouez donc, que le raisonnement, pris de l'amitié, & de l'industrie, ne suffit point. Vous y ajoutez la condition, que l'utilité doit regarder l'une des parties seulement. Soit encore: nous aurons donc cette regle générale. Dans tout contract gratuit, qui n'a pour objet que l'utilité d'une des parties, qui exige de l'intelligence, de l'industrie, & de la capacité, dans celui qui se charge de faire quelque chose pour un autre, celui qui s'en charge est comptable de la *faute très-legere;* dans les autres contracts gratuits seulement du dol & de la *faute grossiere.* Mais si c'est là la regle générale; pourquoi pousse-t-on l'imputation contre un Dépositaire au delà de la *faute grossiere*, s'il s'est présenté de lui-même, pour garder le dépôt? *l.* 1. §. 35. *ff. dep. vel cont.* ou si le Dépositeur s'est trouvé dans quelque nécessité, qui l'a empêché de faire choix d'un ami *ead. l.*? Parce que dans le premier cas celui, qui s'offre de conserver un dépôt, s'annonce comme très-propre à remplir cet office; & que dans le second cas, on ne peut pas imputer au Dépositeur d'avoir lui-même donné lieu au dommage par un choix inconsidéré & non réfléchi. J'approuve ces raisons: elles me paroissent très-naturelles & judicieuses: mais pourquoi, je vous prie, ne les admettez-vous pas dans le mandat? Voilà ce que je voudrois savoir: voilà ce que le Droit Romain ni ses Interprêtes ne m'enseignent point, & dont il m'importe d'être instruit.

J'ai remarqué dans la note au §. DXX qu'il faut, pour pouvoir déterminer jusqu'à quel point on peut tenir quelqu'un responsable de son fait, lorsqu'il s'agit de quelque contract, faire attention aux personnes qui ont contracté, à leur situation, à leurs vues, à leurs relations, enfin à toute la combinaison des circonstances, dans lesquelles elles se sont trouvées, en prenant quelque engagement: j'ai observé de plus, que la division des manquements en *faute grossiere*, *legere*, & *très-légere* n'a pas été adoptée, pour fixer trois points, par lesquels on pourroit exactement estimer, ce qui se trouve de défectueux dans une action ou omission, mais uniquement pour venir au secours de notre jugement, & afin de nous donner quelque regle d'approximation, qui pût servir à nous guider, lorsqu'il s'agit de déterminer l'imputation des fautes commises. J'ai remarqué encore, que dans tous les cas, qui se présentent à juger, il faut non-seulement examiner 1. s'il y a une faute commise: 2. si elle doit être imputée à l'agent & jusqu'à quel degré; mais encore 3. si celui qui souffre le dommage a bien voulu courir le risque de cette faute, soit plus soit moins. Les mêmes réflexions doivent être reprises ici. Un ami, auquel on s'addresse pour se charger d'une commission, que l'on prie, que l'on sollicite pour cela; qui se laisse enfin persuader, est différent d'un

De la fidéjussion, & de l'obligation du fidéjusseur.

§. DLXIX. La *fidéjussion* ou le *cautionnement*, est un contract bienfaisant, par lequel je m'oblige gratuitement envers celui, envers qui un autre est obligé, ou s'obligera, à faire moi-même ce que l'autre doit, s'il ne le fait pas. Celui qui s'oblige gratuitement pour un autre, qui est déjà obligé, ou qui doit s'obliger, s'appelle le *fidéjusseur*, ou *la caution*, & celui pour qui il s'oblige, s'appelle le *débiteur principal;* d'où vient que son *obligation* est appellée *principale*, & celle du fidéjusseur, *accessoire.* Il paroît au reste, que *l'obligation principale n'est ni abolie, ni changée par l'obligation accessoire*, & que le *fidéjusseur & le débiteur principal sont engagés dans la même dette, si ce n'est que l'obligation du fidéjusseur est condition-*

homme, qui, entendant parler d'une certaine affaire, se présente & s'offre pour l'exécuter gratuitement. Peut-on supposer dans ces deux cas les mêmes engagements tacites, & conséquemment les mêmes devoirs? Cela ne répugneroit-il pas aux premiers principes de l'imputation & des droits qui en résultent? Pense-t-on qu'un Ulpien, qu'un Papinien, qu'un Scævola, qu'un Labeo, eussent omis ces considérations dans un cas qui les eut exigées, parce qu'on ne nous en a point transmis, dans lesquels ils les ont employées, tandis qu'ils n'ont pas manqué d'y faire attention, dans des cas relatifs à d'autres contracts? Dans celui où un ami vous sollicite de vous charger d'une commission, c'est celui qui prie, qui sollicite, auquel il faut imputer la méprise, s'il trouve après coup, que son ami n'a pas été ni si industrieux, ni si soigneux, ni si capable qu'il se l'étoit imaginé: son jugement l'a trompé; il doit se l'imputer à lui-même, & on peut lui dire avec autant de fondement, que Justinien le fait au Dépositeur: vous devez imputer votre dommage plutôt à votre légéreté, qu'à l'ami auquel vous vous êtes addressé. *Inst. t. quib. mod. re contr. ob.* §. 3. Dans le cas où l'on offre de se charger d'une commission, c'est celui qui se présente pour l'exécuter, qui auroit dû se connoître, & auquel on peut appliquer les raisons, dont les Jurisconsultes se servent pour prouver, que le Mandataire est tenu de la *faute très-légere.* Si l'on veut faire une comparaison du mandat au dépôt, on doit alors comparer le Mandataire à celui qui s'est offert de lui-même de garder le dépôt.

Afin de rendre les observations, que je viens de faire, plus sensibles par un exemple, posons un cas: *Titius*, sachant que *Sempronius* est sur le point de partir de *Paris* pour *Amsterdam*, va le trouver, & le prie de se charger de quelques pieces de galanterie, soit montres, ou tabatieres, & de les y remettre à *Gajus. Sempronius* s'en charge & les met dans sa malle: se trouvant à *Bruxelles* & devant s'y arrêter, il défait sa malle: *Lucius* vient un matin annoncer à *Sempronius*, que *Mævius*, leur ami commun, qu'ils croyoient mort, vient d'arriver, & qu'il repart incessamment: que cependant, si lui *Sempronius* se hâte, il pourra encore voir *Mævius. Sempronius* se leve, s'habille, sort, va dire adieu à son ami; revient sur ses pas; entre dans sa chambre; ne trouve point la montre & la bague qu'il avoit laissées sur sa table; voit qu'il a laissé sa clé au coffre, l'ouvre; & trouve qu'on a enlevé les trois montres ou tabatieres, qu'il s'étoit chargé de remettre à *Gajus.* Faut-il attribuer la perte de ces trois pieces à *Sempronius*, pour n'avoir pas été plus soigneux & plus attentif dans ce cas imprévu; ou faut-il l'imputer à *Titius*, pour avoir sollicité un ami, qu'il a dû supposer pouvoir commettre une pareille inattention? Les hommes au bout du compte ne sont pas des Anges. Aucun contract ne peut le supposer. Supposons que la même chose fût arrivée à *Sejus*, & que *Sejus* n'eût pas été sollicité par *Titius*, de se charger de cette commission, mais qu'il se fût offert de lui-même: le cas ne seroit-il pas différent? En voici un autre. *Cajus*, sachant que son ami *Titius* est sur le point de partir, par la barque de nuit de *Leyde* pour *Amsterdam*, & qu'il prend avec lui une somme d'argent pour la remettre à *Lucius*, va trouver *Titius* & le prie de se charger de cent ducats, & de les remettre pour lui à *Lucius. Titius* s'en charge: met les cents ducats dans un sac, dans lequel il a mis la somme, qu'il se propose de payer à *Lucius*, part; le sommeil le saisit dans le trajet de *Leyde* à *Harlem:* arrivé à *Harlem* on l'éveille; il sort de la barque sans songer à son sac; arrivé à l'auberge il y songe: il vole à la barque; le sac n'y est point; ne se découvre pas. *Titius* est-il obligé de bonifier à *Cajus* la perte des cents ducats? & le cas ne seroit-il pas différent, si *Titius* eut offert de lui-même de se charger des cents ducats? Il me semble, que par rapport au droit du Mandant contre le Mandataire, il faut considérer en premier lieu, comment le Mandataire est venu à être chargé de la commission; & qu'il ne suffit pas, pour déterminer jusqu'à quel point il est responsable de son fait, que le mandat soit un contract, dans lequel on suppose de l'industrie, de l'intelligence ou de la capacité, & un accomplissement exact de ce que l'amitié exige. Si les loix de l'amitié exigent, que je m'acquite bien de ma commission, les mêmes loix défendent à un Mandant, d'exiger de moi au-delà de ce qu'il peut

tionnelle. Il paroît encore, que *la fidéjussion peut s'ajouter à quelque obligation que ce soit*, qu'*on l'emploie pour la sûreté de la dette*; que par conséquent *elle n'est pas valide, avant que l'obligation principale ait été contractée*, & que, *si celle-ci est nulle, l'obligation accessoire l'est aussi.* De-là il suit encore, que, *si le débiteur principal est insolvable, le fidéjusseur doit payer.* Comme cependant on ne peut être assuré, que quelqu'un est insolvable, qu'après avoir fait la *discussion* de ses biens; c'est-à-dire, après avoir examiné ses facultés, *il faut faire la discussion des biens du debiteur principal, avant que le fidéjusseur puisse être contraint à payer, à moins qu'il n'en ait été convenu autrement* (§. CCCXLII.). (*d*)

§. DLXX.

peut supposer que j'eusse fait pour moi-même. C'est avoir de l'amitié une idée bien étrange que de rendre celui, qui se charge gratuitement d'une commission, responsable de tout, & celui qui l'en charge responsable de rien. Si dans le dernier exemple que je viens de proposer, *Titius* eut dit à *Cajus*, mon ami, je veux bien me charger de vos cents ducats, mais si par malheur j'oublie mon sac dans la barque? *Cajus* n'auroit-il pas répondu, là où vous risquez deux-mille florins pour vous-même, je veux bien risquer mes cents ducats. C'est cette confiance dans les soins qu'on présume, qu'une personne aura pour son propre bien, qui, dans de pareils cas, porte une autre à la charger d'une commission: & en général, c'est toujours la persuasion que nous avons de la capacité d'une personne, (que cette persuasion soit juste ou erronée, fondée ou point fondée, n'importe) qui nous porte à la prier de se charger de quelque affaire: cette persuasion fait même, qu'on le prend pour une mauvaise excuse, si quelqu'un allegue son incapacité pour raison de son refus. Ainsi la premiere cause du dommage, qu'un Mandant souffre dans des cas pareils, vient de lui-même.

On convient que le Commodataire est tenu de la plus légere faute, parce que c'est uniquement pour son avantage qu'on lui fait un prêt. *l.* 5. §. 2. *ff. comm. vel cont.* l'utilité qu'il se promet d'en tirer, & l'avantage qu'on lui accorde par-là, exige du moins qu'il en use avec toute la circonspection possible: il y a comme un retour d'obligations. Dans le mandat c'est tout le contraire: le Mandataire agit uniquement pour l'intérêt du Mandant: on ne lui suppose aucun autre but; ni aucun avantage personnel; le fait de son ami ne lui impose donc aucun retour, qui puisse augmenter ses devoirs: cette différence n'est-elle pas assez forte, pour trouver ici une raison de différence entre les obligations du Mandataire & du Commodataire.

D'ailleurs à bien considérer la chose, il n'y a aucune différence entre un mandat, qui a pour objet l'utilité du Mandant & du Mandataire, & celui qui a uniquement pour objet l'utilité du Mandant: dans l'un & l'autre cas, le Mandataire est tenu de remplir sa commission, autant que ses facultés le permettent. Il y a mile dépôts dans lesquels la chose déposée exige quelque industrie, quelque capacité, quelque intelligence de la part du Dépositaire; ainsi les raisons prises de l'industrie & de la capacité que l'on suppose au Mandataire, pour justifier l'imputation qu'on lui fait de la plus légere faute, ne me paroissent pas solides. Tout dépend des circonstances. Les situations des hommes varient à l'infini: & ce sont cependant ces différentes situations qui doivent nous faire juger de la volonté, que les Contractants peuvent avoir eue, en formant leurs engagements; & par-là aussi des obligations qu'ils ont contractées & des droits qu'ils ont acquis. Le moyen d'établir une regle universelle! S'étonnera-t-on que le Droit Romain paroisse varier, ou avoir laissé quelque chose à desirer sur cette matiere? ULPIEN veut *l.* 10. *ff. mand. vel contra*, que notre Procureur ne soit tenu qu'à ce que la bonne foi exige. Qu'exige la bonne foi? Que m'étant chargé d'une affaire, je la fasse comme je la ferois si c'étoit la mienne: suis-je industrieux, attentif, exact, prompt, & vigilant dans mes propres affaires, & si je peche en ménageant celles dont je me suis chargé pour un autre, la bonne foi manque. Suis-je accoutumé à traiter mes affaires assez légérement, suis-je lent, peu attentif, peu exact, on ne pourra pas m'imputer d'agir de mauvaise foi, si je traite de la même façon une affaire, qu'on aura commise à mes soins. Si après cela on me cite les rescripts des Empereurs *Dioclétien* & *Maximien*, & de *Constantin*, j'y répondrai, que j'ai beaucoup de respect pour des Empereurs, mais que je ne pousse pas ce respect au point de lui sacrifier la raison & la vérité.

§ DLXIX. (*d*) En vain cherchera-t-on dans le Droit Romain, & chez les Interprêtes de ce Droit, une bonne définition de la Fidéjussion, & du Fidéjusseur. Celle-même de notre Auteur peche par une omission, qu'on doit attribuer à une inadvertance, puisqu'il paroît qu'elle ne lui est pas échappée dans son grand ouvrage, *P.* IV. §. 732. Il auroit dû dire *quod ipse* PRO EO *hoc præstare velit.*

L'expression *cui alius obligatus est, vel obligandus*

Jusqu'où s'étend l'obligation du fidéjusseur.

§. DLXX. L'obligation du fidéjusseur étant la même que celle du débiteur (§. DLXIX.); *si le débiteur principal paie, le fidéjusseur est libéré, & si le fidéjusseur paie, le débiteur principal est libéré.* Comme cependant personne ne doit s'enrichir au dommage d'autrui (§. CCLXXI.); *si le fidéjusseur paie, le débiteur principal reste obligé envers lui,* & comme le créancier peut lui céder son droit (CCCXLII), *après la cession, le fidéjusseur redemande son bien comme une dette contractée* (§. CCCXXXVIII.), *sans presser cependant la réparation du dommage qu'on lui a causé.* Mais comme personne ne peut obliger un autre envers soi, contre la volonté de cet autre (§. LXXVIII.); *si quelqu'un se porte pour fidéjusseur, ou cautionne, & paie pour un autre malgré lui, le débiteur principal n'est tenu à rien envers le fidéjusseur.* Cependant comme on est présumé consentir (§. CCCCLIX.), & même qu'on consent tacitement, si l'on se tait, quand on pouvoit & devoit parler (§. XXVII.); *si quelqu'un cautionne pour un autre qui est présent, & qui le souffre, la fidéjussion est censée faite de son consentement.* Comme encore le créancier ne peut acquérir sur le fidéjusseur plus de droit, qu'il n'a voulu lui en transférer (§. CCCXVII.); *si le fidéjusseur s'est obligé seu-*

dus, fournit le principe de ce qui est enseigné dans le §. 3. *des Inst. tit. de fidej.* savoir, qu'un Fidéjusseur peut valablement répondre, avant ou après une obligation contractée: outre la *l.* 4. & la *l.* 6. §. 2. *ff. de fidej. & mand.* le Jurisconsulte PAUL en propose un exemple assez clair dans la *l.* 55. *eod. Si ita stipulatus a Sejo fuero, quantam pecuniam Titio quandoque credidero, dare spondes? & fidejussores accipero, deinde Titio sæpius credidero: nempe Sejus in omnes summas obligatus est, & per hoc fidejussores quoque.*

Il résulte encore de cette qualité essentielle de la fidéjusfion, exprimée par ces mots *cui alius obligatus est vel obligandus*, que les Fidéjusseurs ne peuvent s'obliger au-delà de ce que doit celui qu'ils cautionnent; comme JUSTINIEN l'enseigne §. 5. *des Inst. l. c.* Mais il ne sera pas inutile d'observer, que la raison, qui s'en trouve dans la définition de l'Auteur, est beaucoup plus simple & plus sensible, que celle qu'en donne JUSTINIEN, en disant que c'est, parce que l'obligation d'un Fidéjusseur n'est qu'accessoire à la principale, & qu'il ne peut y avoir plus dans l'accessoire que dans le principal: raison extrêmement recherchée & d'ailleurs assez captieuse. ULPIEN en donne une autre raison, lorsqu'il dit: *Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur: quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari. l.* 8. §. 7. *ff. de fidej. & mand.* & cette raison paroît avoir servi de regle générale aux Jurisconsultes Romains, comme on le voit par les cas proposés dans les Pandectes, en particulier par la *l.* 34. *ff. eod.* dans laquelle nous lisons ces paroles du Jurisconsulte PAUL: *Hi qui accessionis loco promittunt, in leviorem causam accipi possunt, in deteriorem non possunt. Ideo si a reo mihi stipulatus sim &c.* Voyez aussi *l.* 70. *ff. eod.* Mais pourquoi est-ce qu'on n'a pas voulu, qu'un Fidéjusseur fût tenu à son engagement, si cet engagement étoit plus dur que celui du principal? Non pas proprement parce que l'engagement étoit plus dur, mais parce qu'un engagement plus dur, que celui qui a été contracté ou qui le sera, ne peut faire l'objet d'une fidéjusfion. MARCELLUS l'a très-bien observé, comme ULPIEN nous l'apprend *l.* 8. §. 8. *ff. de fidej. & mand. Marcellus autem notat, non ideo tantum non obligari, quia in duriorem conditionem acceptus est; sed quia [&] in aliam potius obligationem acceptus est.* JAVOLENUS en dit tout autant *l.* 42. *eod.* C'est sur le même principe que JULIEN dit, *Quare si reum pure interrogavero, & fidejussorem cum adjectione loci accepero, non obligabitur fidejussor. l.* 16. §. 1. *ff. eod.* Et en effet lorsque celui, qui répond pour un autre, se soumet à une condition plus dure, il ne s'oblige plus à ce à quoi cet autre s'est engagé, ou à quoi un autre se trouvera engagé; mais il contracte une obligation particuliere; il prend un engagement différent à remplir, si l'autre ne remplit pas le sien. Il n'en est pas ainsi d'une condition plus favorable ou plus douce: parce que le principal est toujours obligé à la partie, pour laquelle le Fidéjusseur s'engage: ainsi de quelque nature que soit la condition, si la fidéjusfion conserve l'objet de la fidéjusfion & ne l'excede pas, elle conservera toujours le caractere qui lui est propre.

Pour qu'on saisisse bien la justesse de la définition de notre Auteur, je vais l'appliquer encore à quelques cas. Elle porte que celui, qui répond pour un autre, s'engage *à celui auquel cet autre est obligé.* La fidéjusfion ne peut donc avoir lieu vis-à-vis d'un tiers, ainsi que l'a remarqué le Jurisconsulte JULIEN *l.* 18. *princ. ff. de fidej. & mand. Fidejussor obligari non potest ei, apud quem reus promittendi obligatus non est.* La définition porte, que

seulement pour la dette principale, ou pour une partie, il n'est pas tenu envers le créancier au-delà de la dette principale, ou de cette partie. (*e*)

§. DLXXI. Comme le fidéjusseur promet de payer la dette d'autrui (§. DLXIX.), *il dépend de la volonté du fidéjusseur de promettre ou purement & simplement, ou conditionnellement, ou pour un certain temps* (§. CCCLXXXV. CCCXCIII.). La fidéjussion étant en soi censée faite sous condition, savoir que le débiteur principal ne paie pas (§. DLXIX.), elle est censée faite purement & simplement, si le fidéjusseur se constitue co-engagé de dette (ibid. & §. CCCCXXIV.). *Si donc le fidéjusseur s'oblige purement & simplement, on peut le contraindre à payer la dette, sans avoir fait discussion des biens du débiteur principal; si cependant le créancier ne peut tirer le tout du fidéjusseur, il a son recours contre le débiteur principal, pour être payé du reste* (§. CCCCXXIV.). Mais *si le fidéjusseur s'est obligé conditionnellement, ou pour un certain temps, il ne peut être contraint à payer, que lorsque la condition existe, ou que le temps est venu* (§. DLXIX.), *& après qu'on a fait discussion des biens du débiteur principal* (§. CCCXCV. CCCXCVI.). (*f*)

De la fidéjussion pure & simple; conditionnelle, & faite pour un certain temps.

§. DLXXII.

que le Fidéjusseur s'oblige à remplir l'engagement contracté par celui pour lequel il répond, si celui-ci reste en défaut: il ne peut donc pas dépendre du Fidéjusseur, de vouloir autre chose que n'a voulu son principal. C'est ce que nous trouvons exprimé dans le cas proposé *l.* 38. *ff. eod. Si Stichum aut Pamphilum stipulatus essem, utrum promissor voluit: non possum fidejussorem ita accipere, Stichum aut Pamphilum, utrum fidejussor vellet. quia* (dit MARCELLUS) *futurum esset in ejus potestate, alium velle, quam reus voluisset.* Celui qui répond pour un autre, s'engage, suivant la définition, de remplir l'engagement contracté par celui, pour lequel il répond, si celui-ci demeure en défaut; mais il ne s'engage point à ce que celui-ci remplira son engagement: c'est ce que HERMOGIEN exprime *l.* 65. *ff. eod. Sicut reus principalis non alias, quam si de sua persona promittat, obligatur: ita fidejussores non alias tenentur, quam si se quid daturos vel facturos promittant; nam reum principalem daturum vel facturum aliquid frustra promittunt: quia factum alienum inutiliter promittitur.* Voilà comme une bonne définition nous mene insensiblement à des vérités, qui sans cela paroissent très-difficiles à être démontrées. Notre Auteur conclut encore de sa définition, que le Fidéjusseur est tenu d'acquiter la dette, si le débiteur *se trouve hors d'état de le faire:* d'où il déduit, que le débiteur doit avoir été exécuté, avant que l'on puisse s'en prendre au Fidéjusseur: en cela il va, ce me semble, un peu trop loin. Sa définition porte, que le Fidéjusseur *veut s'en acquitter, si l'autre ne* S'EN ACQUITTE PAS: *nisi alter præstet.* La définition ne dit pas *si alter non sit solvendo.* Nous aurons occasion d'examiner la conclusion elle-même au §. DLXXI.

§. DLXX. (*e*) Ce paragraphe contient encore quelques conséquences, qui résultent immédiatement de la définition, que l'Auteur a donnée de l'acte, que l'on nomme Fidéjussion. En particulier notre Auteur y indique le principe, par lequel il veut qu'un débiteur soit tenu au remboursement, si le Fidejusseur a satisfait pour lui: c'est, dit-il, parce que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'un autre. Cette raison générale, quoique vraie, ne me plaît pas dans le cas particulier dont il s'agit: on peut l'alléguer pour tout contract, & je doute qu'on en fût content. Le Droit Romain donnoit au Fidéjusseur l'action de mandat ou de gestion d'affaires, suivant qu'il avoit répondu au su ou à l'insu du Débiteur. §. 6. *Inst. t. de fidej.* Celui qui répond pour quelqu'un ne le fait pas avec la volonté de gratifier celui, pour qui il répond; mais afin de lui faciliter la conclusion d'un contract, afin de subvenir à ses besoins pour un temps: s'il satisfait à sa caution, il s'acquitte de ce qu'il doit au Créancier, mais il le fait au nom de celui, pour qui il a répondu: il s'étoit engagé de représenter le Débiteur au terme échu: il le représente au temps qu'il fait le paiement. L'obligation du Débiteur n'a point été libérée par rapport à lui: en promettant qu'on répondît pour lui, il a consenti que cette obligation passât du Créancier au Fidéjusseur: la fidéjussion emporte donc un droit à une obligation relative entre le Fidéjusseur & le Débiteur.

§. DLXXI. (*f*) L'expression, *je réponds pour lui*, est l'expression ordinaire, lorsque l'on se rend caution pour quelqu'un: mais qu'emporte-t-elle? Dénote-t-elle que le Créancier peut dabord poursuivre le Fidéjusseur, dès que le Débiteur est en défaut de satisfaire; ou bien marque-t-elle qu'il n'a ce droit, qu'après avoir employé en vain tous les moyens possibles, pour se faire payer du Débiteur? D'un côté il semble que celui qui dit, *je réponds pour lui*, le fait pour déterminer quel-

Du terme du paiement prorogé à l'insû du fidéjusseur ou malgré lui.

§. DLXXII. Comme il importe au fidéjusseur, que le terme du paiement ne soit pas différé, puisqu'il pourroit arriver que le débiteur, qui est solvable à présent, cessât de l'être; celui qui s'oblige pour une dette payable à présent, n'est pas censé s'être obligé pour une dette, payable après la prorogation du terme. C'est pourquoi, *le terme du paiement ne peut pas être prorogé à l'insû du fidéjusseur, beaucoup moins peut-il l'être malgré lui; & si le créancier fait cela, le fidéjusseur est libéré* (§. CCCXVII.). (*g*)

De plusieurs fidéjusseurs.

§. DLXXIII. Puisque par la fidéjussion on ne peut acquérir plus de droit, que *les fidéjusseurs* n'ont voulu en transférer (§. DLXIX. CCCXVII.), & que l'on tient pour vrai contr'eux, ce qu'ils indiquent suffisamment (§. CCCXVIII.); *s'ils se sont obligés chacun solidairement, ils sont tenus solidairement; s'ils se sont obligés pour une certaine portion, ils ne sont tenus que pour cette portion.* Mais *si l'on ne s'est point expliqué*, comme on demande plusieurs fidéjusseurs, pour une plus grande sûreté de la dette (§. DLXIX.), *cela est censé fait, afin que tous conjointement soient obligés pour toute la dette*, par conséquent *afin que chacun soit tenu pour une égale portion, mais que, si les autres ne sont pas solvables, un seul soit tenu de payer le tout.* (*h*)

Du fidéjusseur subsidiaire.

§. DLXXIV. Celui qui est fidéjusseur pour le fidéjusseur, s'appelle *fidéjusseur subsidiaire*, ou *fidéjusseur en second.* Puis donc qu'il s'oblige à payer le créancier, si le fidéjusseur ne paie pas, il *ne peut être contraint à payer, qu'après qu'on a fait discussion des biens du fidéjusseur*; &, puisqu'il est obligé pour tout ce que doit le fidéjusseur, à moins que celui-ci ne paie, *l'obligation n'est pas partagée entre lui & le fidéjusseur.* Et comme le fidéjusseur subsidiaire s'oblige pour l'obligation du fidejusseur, de même que le fidéjusseur pour celle du débiteur; *ce qui a lieu touchant le fidéjusseur principal à l'égard du débiteur, a lieu aussi touchant le fidéjusseur subsidiaire à l'égard du principal* (§. DLXIX.); & même comme *le fidéjusseur subsidiaire* prend

quelqu'un à contracter, & à lui ôter la crainte, qu'il ne sera pas payé, ou qu'il ne le sera qu'avec peine & embarras: & de-là on pourroit conclure, que le Créancier seroit en droit de poursuivre le Fidéjusseur, dès qu'il auroit interpellé en vain le Débiteur. Cette opinion paroît d'autant plus raisonnable, qu'un Créancier met sa foi & sa confiance plutôt dans le Fidéjusseur, que dans le Débiteur; c'est sur la volonté du Fidéjusseur qu'il se détermine: d'un autre côté on peut présumer, que celui qui dit, *je réponds pour lui*, n'a eu absolument d'autre intention, que d'assurer en tout cas le dû au Créancier; & conséquemment ne s'être engagé à acquiter la dette, qu'après qu'on auroit employé en vain les moyens, de faire payer le Débiteur. Supposons donc le cas, que quelqu'un se soit constitué répondant par cette simple expression, *je réponds pour lui*, ou par quelque expression équivalente; le Créancier auroit-il le droit de poursuivre le Fidéjusseur, après avoir vainement interpellé le Débiteur, ou faudra-t-il qu'il ait auparavant tenté tous les moyens possibles, d'obtenir le paiement du Débiteur, avant de pouvoir s'en prendre au Fidéjusseur? La question n'est pas aisée à décider. Il s'agit de déterminer à qui il faut l'imputer, que la caution n'ait pas été exprimée avec plus de précision, au Créancier ou au Fidéjusseur? on peut l'imputer au Créancier, parce que c'est à celui qui contracte, à songer aux stipulations, qu'il juge nécessaires pour sa sûreté: raison d'autant plus plausible dans ce cas-ci, que le Contractant, en exigeant une caution, fait voir qu'il songe à s'assurer; & qu'il dépend de lui de stipuler exactement de quelle façon il veut l'être. Ainsi lorsque l'Empereur JUSTINIEN, dans la loi *Nov.* IV., veut entr'autres, que l'on commence par agir contre le Débiteur, avant de le faire contre le Fidéjusseur, il rapproche, ce me semble, l'usage contraire aux vrais principes du droit naturel.

§. DLXXII. (*g*) Voyez *l. 6. ff. de fid. & mand. l. 4. C. eod.*

§. DLXXIII. (*h*) La Raison sur laquelle notre Auteur conclut, que, si plusieurs se sont constitués Fidéjusseurs, sans s'engager de l'être solidairement, ils ne le sont chacun que pour leur part, & que chacun d'eux est tenu cependant d'acquiter la dette entiere, lorsque les autres sont en défaut; cette raison, dis je, n'est pas entierement sans réplique: on peut même y faire plusieurs

prend la place du principal, *il a le même droit* aussi *à l'égard du débiteur principal, qu'a le fidéjusseur principal à l'égard de ce même debiteur* (ibid.).

§. DLXXV. Le fidéjusseur subsidiaire s'appelle en particulier *fidéjusseur d'indemnité*, s'il s'oblige envers le créancier, à tout ce qu'il ne pourra tirer du débiteur principal, ni des fidéjusseurs principaux. Ainsi *le fidéjusseur d'indemnité indemnise absolument le créancier.* Mais si quelqu'un s'oblige envers le fidéjusseur, pour l'obligation qu'il a contractée en propre, c'est-à-dire, en lui promettant qu'il pourra tirer de lui, ce qu'il aura été contraint de payer, au cas qu'il ne puisse le tirer du débiteur principal, on peut appeller celui qui fait cette promesse, *fidéjusseur d'indemnité du fidéjusseur. Le fidéjusseur d'indemnité du fidéjusseur n'est* donc *obligé en aucune maniere envers le créancier, & ne peut l'être; & il peut s'obliger à l'insu du créancier & du débiteur principal.* Il paroît encore, que *cette fidéjussion se fait seulement pour la sûreté du fidéjusseur, &* qu'ainsi *elle n'engage à rien, s'il ne paie rien,* & même *s'il a payé, on n'est encore tenu à rien, qu'après qu'on a fait discussion des biens du débiteur principal.* *Le fidéjusseur d'indemnité.*

§. DLXXVI. *Si quelqu'un s'oblige pour le fait ou le non-fait d'un autre,* puisqu'il s'oblige pour l'obligation qui naît du fait, ou du non-fait de cet autre, & qui aboutit par conséquent à restituer, ou à réparer quelque chose; *celui qui est fidéjusseur pour un fait négatif, est tenu pour tout ce qu'il importe, que le principal obligé ait fait ce qu'il ne devoit pas faire; ou s'il est fidéjusseur pour un fait positif, il est tenu pour tout ce qu'il importe, que le principal obligé n'ait pas fait ce qu'il devoit faire.* Tel est le cas où vous répondez de la fidélité d'un domestique, que vous recommandez, ou pour votre mandataire. *Du fidéjusseur pour le fait d'autrui.*

§. DLXXVII. Puisque le fidéjusseur s'oblige pour l'obligation d'autrui (§. DXIX.); *il ne peut être obligé à plus que le débiteur principal;* par conséquent, *s'il a promis davantage, il n'est tenu cependant, que pour la portion que doit le principal débiteur.* Mais *Si le fidéjusseur peut être obligé à plus ou à moins.*

sieurs remarques.

Il n'est pas toujours vrai, que c'est pour donner une plus grande sûreté au Créancier, que l'on donne plus d'un Fidéjusseur. *Mævius*, par exemple, veut acheter pour dix-mille florins de marchandises, payables à terme; le possesseur demande caution. *Mævius* trouve cinq amis, qui chacun veulent bien cautionner pour lui la somme de deux-mille florins, parce qu'ils veulent bien courir le risque de perdre cette somme pour lui: il les offre au Créancier, qui les accepte. Le marché se fait: on en passe un acte, dans lequel il est dit simplement, que les cinq amis se constituent Fidéjusseurs pour l'Acheteur. La question maintenant est de savoir, si par-là chacun des Fidéjusseurs contracte l'obligation de payer pour les autres, en cas que ceux-ci restent en défaut. Suivant notre Auteur il faudra dire, que si: parce que, selon lui, ce n'est que pour plus grande sûreté du Créancier qu'il y a plusieurs Fidéjusseurs: & nous supposons, que c'est parce que l'Acheteur n'a pu trouver une seule caution de dix-mille florins, & qu'il en a bien pu trouver cinq de deux-mille. Comment décider quand l'acte de caution nous laisse dans l'incertitude, sur le motif du nombre des Répondants? Si d'un côté on allegue sans le prouver, que le Créancier a exigé cinq Fidéjusseurs, pour en avoir cinq, auxquels il pût se prendre solidairement, on peut avec le même droit alléguer en faveur des Fidéjusseurs, qu'ils ne se sont constitués Répondants au nombre de cinq, que pour n'être responsables chacun que d'une cinquieme partie: on peut y ajouter, que le Créancier a bien voulu se fier au Débiteur, & aux Fidéjusseurs, avec le risque de perdre, ce qui manqueroit au paiement, si le Débiteur devenoit insolvable, & que quelques-uns des Fidéjusseurs demeurassent en défaut. L'intention des Contractants n'est pas exprimée assez clairement, & c'est souvent la source des différends, qui sont présentés aux Juges pour décider.

Le Droit Romain a décidé ceci au désavantage des Fidéjusseurs, comme on peut le voir au §. 4. *des Instit. tit. de fidej.* On peut aussi consulter, si l'on veut, les Commentaires de VINNIUS.

Ce que l'Auteur ajoute à la fin du paragraphe, est conforme à ce qu'on nomme dans le Droit Romain, *benéfice de division.*

Mais comme il peut aussi être fidéjusseur pour une partie seulement (§. DLXXIII.), *il peut s'obliger à moins.* C'est pourquoi puisque donner d'abord c'est donner davantage, que de donner après le temps; *le fidéjusseur ne peut être contraint à payer avant le terme, quoiqu'il soit connu que le débiteur principal est insolvable.* (*i*)

De la fidéjussion par serment & par écrit. §. DLXXVIII. Puisque *le serment* ne peut rendre obligatoire un acte qui ne l'est pas (§. CCCCXLVI.), il *ne peut rendre valide une fidéjussion invalide.* Et comme l'obligation naît de la promesse (§. CCCLXXX.), *la fidéjussion peut se faire par lettre, ou par le moyen d'un autre* (§. CCCCIII.), *savoir par un ministre* (§. CCCCXXIX.); & quoique *la fidéjussion soit valide sans écriture, & avant que d'avoir été mise par écrit, à moins qu'on n'en soit convenu autrement, d'une façon expresse* (§. CCCCXLIV.), comme cependant l'obligation ne s'étend pas au-delà de ce dont on est convenu (§. CCCXVIII.); *il est à propos de mettre la fidéjussion par écrit; & si le fidéjusseur n'entend pas les termes d'art*, qui y sont employés, *il faut les lui expliquer suffisamment* (§. CCCLXXXVI.).

De la fidéjussion solidaire. §. DLXXIX. On appelle *fidéjusseur solidaire* *, celui qui transporte sur soi l'obligation d'un autre, ou qui s'oblige pour un autre déjà obligé, ou devant s'obliger, ensorte qu'il soit chargé de faire en son propre nom, comme débiteur principal, ce que l'autre étoit obligé à faire. Ainsi *le fidéjusseur solidaire revêt le personnage de débiteur principal, & celui-ci n'est plus obligé envers le créancier;* par conséquent,

* expromissor.

§. DLXXVII. (*i*) La décision, que notre Auteur donne dans ce paragraphe, savoir, qu'un Fidéjusseur, ayant promis au-delà de ce que devoit le Débiteur, est tenu pour la somme dûe, n'est pas généralement admise. Il y a des Jurisconsultes qui prétendent, que dans ce cas la fidéjussion est nulle, & que le Fidéjusseur n'est tenu à rien: d'autres soutiennent le contraire. Mr. VINNIUS, dans ses Commentaires sur les *Institutes*, expose en abrégé les raisons de part & d'autre, suivant l'interprétation que les Savants donnent à quelques passages du Droit Romain. Il me semble, qu'il y a des distinctions à faire, & qu'on ne peut gueres donner une solution générale, la proposition étant une proposition indéterminée, dès qu'on la fait généralement. Par exemple, *Titius* se propose d'acheter de *Sempronius* pour dix-mille livres de marchandises, payables à six mois après la livraison: avant de parler à *Sempronius*, il demande à *Mævius* s'il veut bien être sa caution pour la somme de dix-mille florins: celui-ci le promet. *Titius* va trouver *Sempronius*, & fait un achat de six-mille livres au lieu de dix-mille, payables cependant à six mois: il demande ensuite à *Mævius* un acte de caution, sans lui dire qu'il n'a acheté que pour six-mille livres. *Mævius* le lui donne: l'acte contient, que *Mævius* se constitue Fidéjusseur pour la somme de dix-mille livres, due par *Titius* à *Sempronius* pour telles marchandises, achetées de ce dernier par *Titius. Titius* fait une faillite avant les six mois écoulés. La demande est, si la caution de *Mævius* est nulle, ou si elle a force pour la dette de *Titius.* D'un côté on peut dire, que *Mævius*, ayant répondu de dix-mille livres, a par cela-même répondu de six-mille, & que *Sempronius* s'en est reposé sur la foi de *Mævius:* de l'autre côté on peut alléguer, que *Mævius* a cru de bonne foi, que *Titius* avoit fait un achat de dix-mille livres, & qu'il n'est pas sûr qu'il eût voulu donner une caution de six-mille livres à *Titius*, si celui-ci le lui eût demandé; que d'ailleurs *Sempronius* auroit dû l'avoir averti, que l'achat n'avoit été que de six-mille livres: enfin qu'il n'y a pas eu de contract fait pour dix-mille livres, & que ne pouvant être Fidéjusseur d'une dette non-contractée, sa caution est nulle. Mais supposons, que *Titius* ayant prié *Mævius* de répondre pour lui auprès de *Sempronius*, & que celui-ci demande à *Mævius*, s'il veut être caution de *Titius* pour six-mille livres, & qu'il réponde oui; & qu'il envoie un acte, dans lequel il donne caution pour dix-mille livres, sûrement sa caution sera bonne pour six-mille livres: & supposez qu'il eût répondu à *Sempronius*, je serai caution de *Titius* pour dix-mille livres, ou je réponds de *Titius* pour dix-mille livres, il est sûr qu'en ce cas, il seroit obligé à la caution de six-mille livres. Le Jurisconsulte BACHOVIUS prétend, que si *Sempronius* eût exigé la caution jusqu'à dix-mille livres, elle seroit nulle, parce que *Sempronius* auroit obligé le Fidéjusseur d'une façon plus dure que le Débiteur.

Ramenons tout cela à des notions distinctes. La fidéjussion est un contract, par lequel on s'oblige d'accomplir un engagement pris par un autre. *Titius* se propose d'acheter de *Sempronius* une quan-

quent, *si le fidéjusseur solidaire est insolvable, le créancier n'a plus son recours au débiteur principal, quand même il seroit solvable.* Et puisque la fidéjussion solidaire est une affaire, traitée uniquement entre le créancier & le fidéjusseur solidaire, *le fidejusseur solidaire ne peut redemander au débiteur principal, ce qu'il a payé pour lui, à moins qu'on n'en soit convenu autrement*, par une convention particuliere faite avec le débiteur principal (§. ccccxxxviii); cependant par le droit interne, *si le fidéjusseur solidaire ne doit rien de son côté, à celui pour l'amour de qui il a promis, on doit lui restituer ce qu'il a payé* (§. cclxxi.). La même chose doit s'entendre du débiteur principal, si le fidéjusseur solidaire est insolvable. Du reste la fidéjussion solidaire peut se faire dans l'intention de faire une donation, ou parce que le fidéjusseur solidaire a été déjà satisfait d'ailleurs; à quoi l'on ne fait pas attention dans cette sorte de fidéjussion (§. cccxviii.). *Si quelqu'un est fidéjusseur solidaire, parce qu'il est obligé à quelque chose envers le débiteur principal, il est libéré par sa fidéjussion, pour autant qu'il s'oblige par-là envers l'autre*, car c'est dans cette intention que la fidéjussion solidaire est censée faite (ibid.). Au reste *la fidéjussion simple, aussi-bien que la fidéjussion solidaire, faite d'une maniere indéfinie, est valide, pour tout ce qu'on donnera*, puisque vous êtes le maître d'être fidéjusseur simplement, ou solidairement, comme il vous plaît (§. cccxciii.). (*k*)

quantité de marchandises pour six-mille livres. *Mævius* s'engage de payer à *Sempronius* dix-mille livres, pour l'achat que *Titius* lui a fait, ou lui fera d'une pareille somme, si celui-ci ne satisfait pas à son engagement. *Titius* n'achete de *Sempronius* que pour six-mille livres de marchandises: l'engagement de *Mævius* est-il une fidéjussion ou ne l'est-il point? Je réponds que non; parce que le contract, qui a fait la base de l'engagement de *Mævius*, n'a pas eu lieu. On répondra peut-être, que *Mævius*, se constituant Fidéjusseur pour un achat de dix-mille livres, doit être censé avoir répondu pour un achat de six-mille livres. C'est une conclusion qu'on déduit de la nature de l'engagement, & je l'adopterois si elle en résultoit nécessairement; mais en est-il ainsi? Supposons que *Mævius* ait su, que son ami *Titius* pourroit faire un coup, & se rétablir en achetant toute la partie des marchandises à dix-mile livres, & que ce coup lui manqueroit, s'il n'en achetoit qu'une partie; que dans le premier cas *Titius* seroit en état de payer les dix-milles livres au terme échu; & qu'il ne le seroit pas, s'il ne faisoit pas l'achat en son entier; il est sûr, que *Mævius* ne se seroit pas constitué caution pour *Titius* de la somme de six-mille livres: c'est donc une conclusion hazardée de dire, celui qui se constitue caution pour dix-mille livres, doit être tenu répondant de six-mille livres, si l'obligation contractée ne va que jusques-là. Il est des cas, où l'on peut raisonnablement former cette conclusion; mais il en est aussi dans lesquels on auroit tort de raisonner ainsi. Les affaires de commerce en présentent une infinité.

Voici donc à quoi il faut, ce me semble, s'en tenir sur cette matiere: dès que l'engagement, pris vis-à-vis d'un Créancier, pour sûreté d'une dette ou de quelque obligation, ne répond point en entier à l'obligation ou à la dette contractée, ou à contracter, ce n'est plus une fidéjussion, mais un autre engagement: & cet engagement doit être interprêté suivant les circonstances qui y ont donné lieu, & la nature de l'acte qui en fait le fonds.

§. DLXXIX. (*k*) Le mot d'*expromissor*, défini dans ce paragraphe, a été employé en différents sens par les Jurisconsultes Romains. Je ne sais si on peut le restraindre à l'idée générale, qu'en donne Vinnius dans ses Commentaires, savoir, que l'Expromettant est proprement celui, qui se charge de l'obligation d'un autre, *par un motif de novation; novandi animo.* Il me semble que ce *novandi animus* est superflu.

CHAPITRE XII.

Des actes d'échange, ou des contracts onéreux. (†)

Des contracts onéreux en général. §. DLXXX. Les actes d'échange s'appellent autrement *contracts onéreux*, ou intéressés de part & d'autre. C'est pourquoi, puisque dans les contracts onéreux on échange réciproquement des choses & des faits (§. CCCCLXVII.), & que personne n'est tenu de donner ou de faire gratuitement pour un autre, qui peut donner, ou faire à son tour (§. CCCCLXIII.); *dans les contracts onéreux il faut observer l'égalité*, c'est-à-dire, qu'autant que l'on fait, autant l'autre fasse pour lui à son tour; par conséquent, *le contract onéreux étant rempli, ni l'un ni l'autre des contractants n'a plus ou moins qu'auparavant*, ainsi ni l'un ni l'autre ne devient plus riche par le contract (§. CCLXXI.). C'est pourquoi *si les contractants le sachant ou le voulant s'écartent de l'égalité, le contract est mêlé du bienfaisant*, ou gratuit, *& de l'onéreux.* (*l*)

§. DLXXXI.

(†) Chap. XII. L'ordre naturel que l'Auteur suit, le fait passer des *Contracts bienfaisants* à ceux que l'on nomme *onéreux*, parce que dans ces contracts, on n'acquiert rien, qu'en donnant ou faisant quelque chose en retour.

§. DLXXX. (*l*) C'est une opinion assez commune, que dans tous les contracts onéreux il faut que l'*égalité* soit observée: mais je n'ai trouvé nulle part une explication précise, de ce qu'il faut entendre ici par *égalité*. En général on désigne par-là, que des deux côtés on doit recevoir autant que l'on donne: & c'est-là aussi l'idée de notre Auteur, comme on peut le voir au §. CCLXXI. qu'il cite. Grotius veut, que dès que d'un côté on reçoit plus qu'on ne donne, il y a un mélange de contracts: & que la donation y participe alors. Pour moi, j'avoue que je ne puis goûter les raisons qu'on allegue, pour prétendre une égalité dans les contracts onéreux; & je ne vois pas non plus aucune nécessité de l'admettre: au contraire il me semble, que l'idée d'égalité est une idée accessoire, qui ne fait rien à l'essence des contracts, & qui même la plûpart du temps ne peut pas seulement entrer en considération. Il semble qu'on n'a pas fait attention, que ce sont les desirs des hommes, qui fixent la valeur des choses. Je veux une certaine marchandise: je sais que je puis la trouver chez *Pierre*. Plus je desire cette marchandise, plus elle a de valeur pour moi: & elle en a d'autant moins pour *Pierre*, qu'il ne se souciera point de l'avoir. Où veut-on chercher & établir ici l'égalité dans le contract, qui se fera entre *Pierre* & moi, pour me procurer la marchandise. Je l'achete 20. p% au-dessus du prix que j'en eusse donné, si *Pierre* eut insisté sur ce prix: *Pierre* est-il lésé? y a-t-il inégalité dans le contract? Mais *Pierre* l'eût donnée encore à 20 p% moins, si je n'avois pas poussé mes offres au-delà. Suis-je lésé pour en avoir donné 20. p% de plus? Qui ne voit que tout dépend ici des circonstances particulieres, dans lesquelles les Contractants se trouvent; & que ce n'est ni à l'un ni à l'autre, de juger qui des deux aura l'avantage. Les choses du monde n'ont de valeur, qu'autant qu'elles répondent aux nécessités de la vie, & aux desirs des hommes. J'en ai fait la remarque au *Chap.* X. *Paul* s'est acquis, par son labeur & son industrie, une connoissance étendue de ce qui est le plus recherché dans différents pays: il sait que s'il envoie de la clinquaillerie & de la feraillerie dans tel endroit, il pourra avoir en retour des effets, qu'il pourra trocquer de nouveau, & qui lui donneront un bénéfice de 200. pour cent. Y a-t-il eu de l'inégalité dans les contracts d'échange que *Paul* a fait? Les *Indiens* ont-ils fait un don dans les trocs faits avec les *Européens*; eux qui ne connoissoient point la valeur de l'or, qui méprisoient ce métal, qui n'en avoient aucun besoin, & qui étoient très-charmés d'avoir des couteaux, des petits miroirs, & autres bagatelles de cette nature? Dire que l'égalité doit être observée dans tous les contracts onéreux, c'est avancer une supposition, d'autant plus gratuite, qu'il est presqu'impossible qu'elle s'y trouve jamais. J'achete une maison, qui me convient, pour cinq-mille

§. DLXXXI. Puisque dans le contract onéreux il faut observer l'égalité (§. DLXXX.), *l'inégalité dans les contracts onéreux est illicite* (§. LI.). C'est pourquoi, puisque par-là l'une des parties est fraudée (§. CCLXXXVI.), *celui qui a reçu plus, est obligé à restituer à l'autre autant qu'il a de plus* (ibid.): aussi *le contract n'est pas rompu à cause de l'inégalité.* On dit qu'un *contract* est *rompu*, quand on déclare nul celui qui par le droit n'est pas nul, ou qui subsiste. *De l'inégalité dans les contracts.*

§. DLXXXII. Un contract onéreux, par lequel on donne une chose pour une chose, soit corporelle, soit incorporelle, s'appelle *échange*, ou troc. Puisqu'il n'y a que le maître qui puisse donner une chose (§. CCLVIII), *si l'un des contractants donne la chose d'autrui, l'échange est nul.* Et comme en donnant on transfere le domaine (ibid.), & qu'il passe à celui qui l'accepte, par la seule volonté du maître suffisamment déclarée (§. CCCXVII.); *l'échange se fait naturellement par un consentement mutuel* (§. XXVII.), c'est-à-dire, que *l'échange est achevé dès qu'on a consenti à livrer une chose pour une chose;* par conséquent *les contractants sont obligés à se livrer les choses mutuellement* (§. CCCXX.), quoique *d'un consentement mutuel, la délivrance puisse être renvoyée à un certain temps* (§. CCCXIV.). (*m*) *Echange, ce que c'est, & comment il s'achève.*

§. DLXXXIII. Puisque dans l'échange on peut donner toutes sortes de choses (§. DLXXXII.), & que l'argent considéré comme une matiere, & non comme le prix *Comment on échange l'argent, & l'usage, & sa propre chose contre elle-même.*

mille livres, & par-là je place en même temps cinq-mille livres, que je n'avois pas trouvé à mieux placer. Je suis plus riche après l'achat qu'avant l'achat, parce que je ne dois pas compter pour rien l'aisance que je me suis procuré, & l'occasion de placer mon argent. Le vendeur est plus riche aussi, parce que la valeur de cette maison formoit pour lui un capital onéreux, en ayant besoin dans ses affaires; il se trouve déchargé du soin & du hasard de la louer; & il a occasion de retirer en intérêt de son capital, le double ou le triple de ce qu'il retiroit de la maison: de quel côté est l'avantage, ou le désavantage? Nous n'avons point de balance dans laquelle nous puissions peser nos besoins, nos desirs: à quelle mesure pourrons-nous donc reconnoître l'égalité? Chacun doit estimer par lui-même & pour lui-même ce que la marchandise lui vaut: il suffit qu'on ne soit pas surpris, soit sur la qualité, soit sur la quantité. C'est tout ce que l'égalité demande, puisque par le principe d'égalité, les deux Contractants doivent agir de bonne foi, & que cette égalité est détruite, dès que de l'une ou de l'autre part on y manque. D'ailleurs je ne vois pas trop la justesse de ce raisonnement-ci: personne n'est obligé de faire ou de donner quelque chose gratuitement, donc l'égalité doit être observée dans tout acte qui ne se fait pas gratuitement.

§. DLXXXII. (*m*) Ce paragraphe demande encore une explication: suivant les idées de notre Auteur l'échange est nul, dès que l'un des Contractants transfere ou livre ce qui ne lui appartient pas; parce qu'il n'y a que le maître de la chose (*dominus*) qui puisse la donner. Cette conclusion est fondée, comme l'on voit, sur les principes que l'Auteur a posés dans le §. CCLVIII. & que nous avons examinés dans les remarques ajoutées au §. CCLXII. En reprenant les réflexions que j'y ai exposées, il sera aisé d'en faire ici l'application. Posons donc que le maître ait seul la faculté morale de disposer de la chose: s'ensuit-il de là que, si la chose est donnée à titre onéreux, par quelqu'un qui n'en est pas le maître, la donation soit nulle? La conséquence ne me paroît pas juste. Celui qui donne une chose, qui ne lui appartient pas, nuit sans doute au droit du maître; & le maître a vis-à-vis de lui le droit à la restitution ou à l'indemnisation: mais s'ensuit-il de-là que la personne tierce, avec laquelle celui ci agit, doive porter le dommage causé au maître, ou qu'il doive y participer? Ce n'est pas elle qui a porté atteinte au droit du maître. La possession du bien d'autrui, considérée physiquement, ne donne ni n'ôte aucun droit. L'ayant acquis à juste titre de celui qui l'a transmise, la possession, dans celui qui possede, est juste, considérée moralement par rapport à lui, & c'est à celui qui l'a transmise, auquel il faut s'en prendre, si par-là il a lésé les droits d'un tiers. D'où il résulte, qu'ayant acquis de bonne foi, par voie de permutation, le bien d'autrui, sans le tenir de celui qui en étoit le maître, l'échange n'est pas nul pour cela de droit. C'est une autre question, de savoir si celui, qui a acquis de cette façon le bien d'autrui, est tenu à la restitution, & jusqu'à quel point il y est tenu. Je m'en suis expliqué dans la note au §. CCLXII.

§. DLXXXV.

prix des choses, est équivalent aux choses, *on peut* aussi *échanger de l'argent comptant, consideré comme matiere.* Et comme l'on donne l'usage d'une chose, en donnant le droit de s'en servir; *si je donne l'usage de ma chose pour l'usage de votre chose, c'est un échange* (ibid.). Et même comme les travaux sont pareillement équivalents aux choses (§. CCXXV.); *les travaux peuvent* aussi *s'échanger contre les travaux.* Comme encore, la chose que je vous donne est vôtre, & qu'elle devient mienne, si vous me la donnez de nouveau (§. CCLVIII.); *on peut* aussi *échanger sa propre chose contre elle-même, en la donnant pour qu'on la redonne pour elle-même, dans un certain temps.*

De l'égalité à observer dans l'échange. §. DLXXXIV. Puisque l'échange est un contract onéreux (§. DLXXXII.), & que dans un contract onéreux il faut observer l'égalité (§. DLXXX.); *l'égalité doit être observée dans l'échange:* par conséquent, pour qu'on puisse s'assurer de cette égalité, *il faut donner des choses évaluées*, donc *il faut ajouter à la chose de moindre prix, quelque chose, qui égale l'excès de l'autre.* Mais *si quelqu'un, le sachant & le voulant bien, donne plus qu'il ne reçoit, le contract est mêlé d'échange & de donation* (§. DLXXXII. CCCCLXXV.).

De l'aliénation de la chose échangée. §. DLXXXV. Comme dans l'échange on transfere le domaine, quand même les choses ne sont pas livrées sur le champ (§. DLXXXII.), *ni l'un ni l'autre des échangeants*

§. DLXXXV. (*n*) Il importe de bien faire attention à ce que l'Auteur dit dans ce paragraphe, savoir, que dans la permutation le domaine de la chose passe, quoique la chose ne soit pas transférée: c'est par un acte moral que le domaine passe de l'un à l'autre: c'est par un acte physique que l'exercice du domaine est transféré: le Droit Romain confond ces deux actes.

§. DLXXXVI. (*o*) Il est vrai que le Droit Romain s'est écarté beaucoup du Droit Naturel, dans ce qui regarde l'échange ou le troc; mais il semble, que leur systeme sur ce qu'ils nommoient *pacta nuda* y ait donné lieu. Pour donner droit dans le for civil, ils exigeoient une preuve plus forte que le simple consentement, parce que le consentement peut être surpris, ou donné avec trop de légéreté: ainsi ils vouloient quelque marque qui ne laissât aucun doute sur la véritable disposition de celui, qu'on disoit s'être engagé à quelque chose, & par cette raison le Jurisconsulte PAUL *in l.* 1. §. 2. *ff. de rer. perm.* dit, *permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet*; cette tradition servant comme de preuve du consentement des deux parties; & liant par-là au for civil celui qui avoit accepté la chose. D'ailleurs à considérer la nature des contracts, il est évident, qu'il n'y en a point de permutatoires, qui ne soient en effet des espéces d'échanges ou de trocs. Que l'on donne une somme d'argent, ou bien quelque effet, pour une certaine marchandise; que l'on cede l'usage d'une maison, pour avoir celui d'une autre maison, ou qu'on en donne une somme d'argent, cela ne change rien à la nature des contracts. Ce ne sont que de différentes modifications d'une même sorte d'acte: & si les Jurisconsultes ont disputé entr'eux, si le contract d'achat & de vente étoit compris dans celui de permutation, ou de troc, je m'imagine, que cette dispute a plutôt roulé sur la maniere, dont on devoit l'admettre dans le Droit Civil, que sur la nature-même du contract: à moins qu'on n'aime mieux dire, que les Jurisconsultes Romains n'ont pas assez distingué ici la nature des engagements, de la façon dont on devoit en admettre la poursuite. JUSTINIEN nous apprend, que ceux d'entre les Jurisconsultes, qui prétendoient, que le contract de vente étoit compris dans celui d'échange, se fondoient, entr'autres, sur quelques vers d'HOMERE; & que ceux qui en faisoient un contract différent, avoient en leur faveur d'autres vers du même HOMERE: avouons que c'est une façon bien singuliere de discuter la nature d'un contract, que de recourir à ce que l'on croit trouver dans quelques vers d'un Poëte. Quoiqu'il en soit, dans le for civil tout revient uniquement à la maniere de prouver le véritable consentement; & si le Droit Romain a voulu, pour donner de la validité à un contract d'échange, que de l'un ou de l'autre côté on eût fait une tradition, le commerce de la vie, & sur-tout les affaires de Négoce, n'ont pas permis qu'on adoptât sur ce point l'opinion, qui a prévalu à *Rome.* Je m'engage, par exemple, de vous fournir dans quinze jours vingt barriques de vin, & vous vous engagez de me fournir dans l'espace de trois mois cent tonneaux de ris; notre contract fait, je vends une partie de ce ris, à livrer dans quatre mois, & celui, à qui je la vends, en fait l'a-

geants ne peut aliéner la chose qu'il n'a pas encore livrée à l'autre (§. CCLVII.); *mais celui qui a reçu la chose, qu'on lui a déjà livrée, peut l'aliéner, quoiqu'il n'ait pas encore livré lui-même la chose qu'il a donnée* (§. CCCXIV.). (*u*)

§. DLXXXVI. Le Droit Romain s'écarte beaucoup du Droit Naturel, sur la matiere de l'échange, par des raisons particulieres, qu'on peut voir dans notre Traité du Droit Naturel, Tom. 4. notes sur les §. 879. 880. Il ne faut donc pas confondre ici ce qui est de Droit Civil, avec ce qui est de Droit Naturel. Telle est, par exemple, cette regle, que le contract n'est pas valide, avant que l'une des parties ait livré la chose, & que, par conséquent, il ne s'acheve pas par le seul consentement. (*o*) *Remarques sur ce qu'il y a de civil dans ce contract.*

§. DLXXXVII. On appelle *achat* & *vente* (*), un contract onéreux, par lequel l'un donne une chose, & l'autre donne pour cette chose un prix éminent, c'est-à-dire, une somme d'argent, par laquelle le prix de la chose est déterminé. Celui qui donne la chose s'appelle le *vendeur*, celui qui donne le prix s'appelle l'*acheteur*; & la chose vendue s'appelle *marchandise*. On ne donne donc pas le nom de marchandise aux choses qui ne se vendent pas, & communément ce nom est restreint aux choses mobiliaires. (*p*) *Achat & vente ce que c'est.*

§. DLXXXVIII. Puisque dans l'achat, ou la vente, on donne pour une chose l'ar- *Quelles choses peuvent être vendues.*

l'achat pour l'expédier par un navire, qui partira vers ce temps-là: il en donne connoissance à son ami, qui à son tour dispose de ce ris, à livrer dès qu'il sera arrivé: qu'en seroit-il de ces engagements, si le contract d'échange n'imposoit d'obligation, qu'après la tradition faite de l'une ou de l'autre part? Qu'en seroit-il de mille engagements de cette nature qui se prennent tous les jours entre des Négociants, si celui qui se seroit engagé de fournir le vin, pouvoit s'en dédire, sous prétexte qu'il a ce droit, parce que le ris ne lui a point été livré? On sait que le commerce des Livres se fait principalement par voie d'échange, ou de troc: on sait que les Libraires ont même des comptes courants en livres, c'est-à-dire, à se remplir mutuellement par leurs impressions. Un Libraire d'*Amsterdam* va mettre un ouvrage sous presse; il en prévient son ami à *Paris*; s'engage de lui en fournir un nombre d'exemplaires après l'impression, surquoi son ami ne fait aucune difficulté de prendre des engagements. Où en seroit en particulier ce commerce, si l'on s'en étoit tenu sur cet article au Droit Romain?

(*) Les Latins se servent d'un seul mot d'*emtio venditio*, qui contient les deux mots qui signifient *achat* & *vente*, dont on peut employer l'un ou l'autre indifféremment, puisque par-tout où il y a un achat il y a une vente. R. d. T.

§. DLXXXVII. (*p*) Le contract d'achat & de vente est de tous les contracts, celui qui a le plus d'influence sur les besoins de la vie: c'est au moyen de l'achat & de la vente, que les hommes subviennent mutuellement à leurs nécessités; qu'ils entretiennent leurs liaisons & que le commerce de la vie subsiste. Rien par conséquent de plus important, que de former une notion juste d'un acte, qui se renouvelle à chaque instant, que nous avons continuellement sous les yeux, & sans lequel il est presqu'impossible de faire un pas dans la Société civile. Notre Auteur définit l'achat & vente par un contract onéreux, par lequel on donne d'un côté de la marchandise, de l'autre côté la somme d'argent qui en détermine le prix: mais ici notre Auteur semble avoir manqué à cette rigoureuse exactitude, qu'il observe d'ailleurs si bien: il me paroît même attribuer dans cette définition à un acte physique, ce qui ne doit être attribué qu'à un acte moral. C'est le concours des volontés, qui fait, comme je l'ai observé ci-devant, l'ame des contracts: ce n'est donc pas dans l'action de *donner* réciproquement, que consiste le contract de permutation, ni celui d'achat & de vente: l'acte de *donner* en fait l'accomplissement: le consentement des deux parties à se donner réciproquement en fait le fonds & la base. C'est cet acte moral réciproque, qui produit le droit d'exiger & l'obligation de faire. *On appelle acte d'échange, celui où les deux parties sont* ASTREINTES *à donner ou à faire quelque chose*, dit notre Auteur §. CCCCLXVII. Ainsi puisque les actes, qui produisent une obligation parfaite, sont appellés contracts, il s'ensuit, que les contracts sont des actes, par lesquels on s'*astreint* à donner ou à faire quelque chose; & conséquemment, que le contract d'achat & de vente est un acte, par lequel on ne *donne* pas, mais par lequel on s'*astreint* à donner d'un côté de la marchandise, de l'autre une somme qui en détermine le prix.

l'argent auquel elle eſt taxée, & comme le prix de toutes choſes ſe détermine par l'argent, qu'on peut ainſi donner pour toutes ſortes de choſes (§. CCCCXCIV.); *on peut acheter & vendre toutes les choſes corporelles, meubles & immeubles, & les choſes incorporelles, l'argent comme matiere, la poſſeſſion de ſa propre choſe qu'on avoit perdue, le droit ſur une choſe, ou à une choſe quelconque;* & même *des choſes qui n'exiſteront que dans la ſuite, non point cependant des choſes qui n'exiſtent jamais dans la nature.* Comme la choſe ne peut être donnée que par le maître (§. CCLVIII.); *perſonne auſſi ne peut vendre une choſe, ſinon le maître; on ne peut vendre la choſe d'autrui* (§. CXCIX.).

Du domaine & du droit futur. §. DLXXXIX. On appelle *domaine futur*, celui qui nous appartient ſur une choſe qui doit exiſter, dès le moment qu'elle exiſte, ſur les fruits de l'Eté prochain, par exemple, ou ſur une choſe que nous devons recevoir, telle que l'argent que nous recevrons pour ſalaire. D'où l'on voit en même temps ce qu'on appelle en général *droit futur.* C'eſt pourquoi *le domaine futur renferme le droit d'exclure tous les autres du domaine ſur une choſe, qui doit exiſter, ou qu'on doit recevoir, auſſi-tôt qu'elle exiſte, ou qu'on la reçoit* (§. CXCV.); ainſi comme il contient déja quelque droit préſent, *le domaine futur peut* auſſi *être transféré à un autre.* Comme cependant on ne peut être maître actuellement, avant que la choſe exiſte, ou qu'on la reçoive, *par le tranſport du domaine futur, on devient maître en puiſſance, mais de maniere qu'on devient maître actuel, auſſi-tôt que la choſe exiſte, ou qu'on la reçoit.* On comprend de même, que *par la volonté de celui qui transfere le domaine futur, on acquiert un droit propre, d'abord en puiſſance, & actuellement enſuite, lorsque les circonſtances, d'où dépend l'actualité du droit, arrivent.* (*q*)

De l'achat des choſes, qui n'exiſtent pas encore. §. DXC. Puiſque le domaine futur eſt nul, à moins que les choſes n'exiſtent (§. DLXXXIX.); *on n'achete les choſes qui n'exiſtent pas encore, que ſous la condition tacite, qu'elles exiſteront;* par conſéquent *ſi elles ne parviennent pas à l'exiſtence, l'achat eſt nul* (§. CCCXCVI.). Et comme dans l'achat il faut obſerver l'égalité (§. DLXXX.), & que, par conſéquent, ni l'un ni l'autre des contractants n'a l'intention de courir quelque hazard; *ſi l'on achete des choſes qui n'exiſtent pas encore*

Le contract d'achat & de vente eſt donc, à mon avis, mieux caractériſé par la définition des Juriſconſultes, qui le nomment un contract onéreux, par lequel on s'engage de donner une certaine marchandiſe pour un certain prix: *contractus onerosus quo agitur ut merx cum pretio permutetur.* Obſervons encore, que toute l'eſſence de l'achat & de la vente, conſiſte dans un engagement à donner une certaine marchandiſe pour un certain prix; & que tout ce qui d'ailleurs accede à cet acte, doit être conſidéré comme des modifications, qui le font varier à certains égards, ſans lui ôter ſon caractere eſſentiel. Or il eſt de la nature de tout engagement, que les parties le rempliſſent tout de ſuite, s'il eſt de nature à pouvoir être rempli d'abord, & ſi l'on n'a point fait de ſtipulation qui y déroge: de-là il s'enſuit, que dès que l'achat & la vente ſont faits, l'une des parties eſt obligée à donner la marchandiſe, l'autre à donner le prix: & que ces deux obligations ſont tellement relatives, qu'elles doivent être exécutées en même temps, & que l'une des parties ne peut exiger que l'autre y ſatisfaſſe, ſans être prête d'y ſatisfaire de ſon côté. C'eſt ſur cette idée de permutation ou d'échange, que ſont fondées une infinité de déciſions, que nous trouvons dans le Droit Romain.

Puis donc que l'achat & la vente conſiſtent, à échanger une certaine marchandiſe contre un prix déterminé, l'on voit qu'on peut ſtipuler, que la marchandiſe ſera fournie tout de ſuite, & que le paiement ſe fera dans un certain terme: que la marchandiſe ſera fournie dans un certain temps, & que le paiement s'en fera dabord: que la livraiſon & le paiement s'en feront à un certain temps: que la livraiſon ſe fera dans un tel temps & le paiement dans un autre temps: ſtipulations qui pourront varier, & auxquelles on en pourra ajou-

core, il faut, ou en acheter une certaine quantité, ou fixer un prix pour une certaine quantité. C'eſt pourquoi, *ſi*, dans le premier cas, *il en exiſte une moindre quantité, le vendeur n'eſt pas tenu d'en livrer davantage*, parce que l'achat eſt conditionnel, comme on vient de le démontrer; *& s'il en vient une plus grande quantité, on n'eſt cenſé avoir acheté que celle dont on eſt convenu* (§. CCCXVIII.). Mais dans le ſecond cas, *on eſt cenſé les avoir toutes achetées, & le prix du tout doit être ſupputé ſur celui qui a été fixé pour une certaine quantité* (ibid.). Mais *ſi l'on achete les choſes qui doivent exiſter, ſans exprimer la quantité, & ſans fixer aucun prix*, puiſqu'on n'a fait aucune mention de la quantité, *on eſt cenſé avoir acheté toutes les choſes qui exiſteront;* & comme le prix paroît n'avoir pas encore été fixé, parce qu'il n'eſt pas le même en tout temps, *les contractants ſont cenſés avoir conſenti au prix, qui ſe trouvera le prix commun, dans le temps où les choſes exiſteront.* (*r*)

§. DXCI. On dit qu'on *achete à la meſure*, ſi l'on détermine la quantité qui doit être achetée, & qu'on fixe le prix ſur une certaine quantité, ou bien ſi l'on achete toute entiere une certaine choſe, à condition que ſa quantité ſoit déterminée par une certaine meſure, ſelon laquelle on fixe le prix. D'où il paroît que, *ſi après avoir meſuré, la quantité ſe trouve moindre, le vendeur doit remettre une partie du prix, à moins qu'il ne puiſſe ſuppléer à ce qui manque; mais ſi la quantité eſt plus grande, il retient ce qu'il y a de plus, à moins que, de ſon conſentement, l'acheteur n'aime mieux augmenter le prix. Si l'on n'exprime aucune quantité, l'acheteur doit payer le prix de toute la choſe, proportionnellement à la quantité qui ſe trouve par ſa meſure* (§. CCCXVIII. CCCCXXXVIII.). *De l'achat à la meſure.*

§. DXCII. On dit qu'on achete *en bloc*, ou *en gros* *, ſi l'on achete une certaine choſe, ſans reſtreindre ſon prix à une certaine quantité, d'où il faille ſupputer ſa valeur. C'eſt pourquoi, *il faut payer le prix dont on eſt convenu, quand même après avoir meſuré, on trouveroit que la quantité n'eſt pas telle qu'on l'avoit cru* (§. CCCXVIII. CCCCXXXVIII.). *De l'achat en bloc.* * per averſionem.

§. DXCIII. Puiſqu'on ne peut vendre la choſe d'autrui (§. DLXXXVIII.), & que par conſéquent la vente de la choſe d'autrui eſt nulle; *ſi l'on a acheté la choſe d'au-* *De la vente de la choſe d'autrui.*

ajouter d'autres, ſans nuire à l'eſſence du contract, qui ſera toujours la même.

§. DLXXXIX. (*q*) Ce paragraphe nous donne une clef générale, pour expliquer tout ce qu'on trouve dans le Droit Romain ſur la vente des choſes, qui ne ſont pas corporelles, qui n'exiſtent pas encore, ou qui dépendent de ce que l'on nomme le haſard. On peut en voir des exemples *in l. 8. ff. de contr. empt.*

§. DXC. (*r*) On peut voir dans les Commentaires de Mr. NOODT, au titre des Pandectes *de contrah. empt.* comment on peut déduire du Droit Romain, ce que l'Auteur enſeigne au commencement de ce paragraphe, ſur les ventes qui ſuppoſent une condition tacite. J'ai fait mes obſervations ſur l'égalité, que notre Auteur exige dans le contract d'achat & de vente: je remarque que la concluſion qu'il en tire, ne me paroît point en devoir être déduite. Dès que les Contractants ne veulent rien laiſſer au haſard, ni à l'incertitude, l'objet du contract doit être déterminé, non pas à cauſe de l'égalité qu'exige le contract, mais parce qu'il n'y a point de milieu entre des objets déterminés & non-déterminés; & c'eſt-là la raiſon pourquoi il faut déterminer la quantité qu'on veut acheter, ou bien fixer le prix pour une quantité déterminée. Ce que le Juriſconſulte JULIEN rapporte au §. 1. de la *l.* 39. *ff. de contr. empt.* répond au premier des deux cas, propoſés par notre Auteur, & ce que nous liſons *l.* 40. §. 2. *eod.* répond au ſecond.

Je ne me range point du côté de notre Auteur pour la concluſion, par laquelle il finit ce paragraphe: j'aimerois mieux dire, qu'il n'y a point du tout de marché de fait; parce qu'il n'y a aucun acte, dont on puiſſe déduire le conſentement tacite, qu'il prend pour baſe de ſa démonſtration.

d'autrui, il faut la rendre à son maître sans prix (§. CCLXI.), *& le vendeur doit restituer le prix à l'acheteur* (§. CCLXXI.); par conséquent, *il n'est pas permis de rendre la chose au vendeur, pour en retirer le prix.* (*s*)

De la chose vendue deux fois. §. DXCIV. Puisque *la chose qui vous a été vendue* est vôtre, quoiqu'elle ne vous ait pas encore été livrée (§. DLXXXVII. CCCXX.); *si on la vend de nouveau à un autre, la vente est nulle* (§. DLXXXVIII.). Mais comme une simple promesse de vente ne nous transfere pas le domaine de la chose, mais seulement le droit d'exiger qu'on nous la vende, & non pas à un autre (§. CCCLXXIX. DLXXXVII.), *si vous vendez à un autre la chose que vous avez promis de me vendre, la vente est valide* (§. CCLVII.); *cependant vous êtes tenu envers moi, pour tout ce qu'il m'importe, que la chose ne m'ait pas été vendue* (§. CCCCXV.). (*t*)

De la chose achetée en genre. §. DXCV. Il paroît par la nature-même du domaine, qu'il ne peut avoir lieu que sur une certaine espéce, & qu'il n'y en a point sur une chose en genre, ou en général (§ CXCV.); *si* donc *on vend une chose en genre*, par exemple, si je vous vends dix boisseaux de bled en général, non point comme faisant partie d'un monceau que je vous montre, *le domaine ne passe pas à l'acheteur, avant qu'il ne soit donné en espéce.* (*u*)

Quand l'achat & la vente sont achevés. §. DXCVI. Dans l'achat & la vente on donne une chose pour de l'argent (§. DLXXXVII.). C'est pourquoi l'argent ne pouvant être dans le domaine, qu'autant qu'il consiste en certaines piéces, & n'étant un certain argent, qu'après qu'on a montré les piéces, par conséquent le domaine sur l'argent, ne pouvant être transféré, qu'en donnant ou en montrant les piéces, *naturellement la vente est achevée*

§. DXCIII. (*s*) La conclusion, que l'Auteur énonce dans ce paragraphe, résulte de son principe, qu'il n'y a que le maître qui puisse faire passer le domaine d'une chose à un autre: principe sur lequel je me suis expliqué dans la note au §. CCLXII. Qu'on fasse attention à l'illusion du mot de *pouvoir:* celui qui n'est pas maître d'une chose *ne peut pas* la vendre: que signifie ce *ne peut pas?* qu'il n'en a point la faculté morale; qu'en le faisant, il blesse le droit de son prochain, & qu'il est tenu à réparer ce tort. Je me suis expliqué dans la même note sur *le devoir* de l'acheteur, à rendre la chose achetée, & le droit que le maître a de la réclamer.

§. DXCIV. (*t*) Ce que l'Auteur enseigne dans ce paragraphe résulte de la différence, qu'il y a entre l'acte de promettre de faire un contract, & celui de le faire en effet.

§. DXCV. (*u*) L'énoncé de ce paragraphe nous indique le fondement, sur lequel il faut déterminer au risque de qui est une chose achetée & non livrée encore.

§. DXCVI. (*x*) Notre Auteur dit, que l'achat & la vente sont réglés, dès qu'on est convenu du prix, & que *l'acheteur est prêt de faire le paiement:* j'aimerois mieux dire, que l'achat & la vente sont réglés, dès qu'on est convenu de la marchandise & du prix: car il n'est pas plus de l'essence de la vente, que l'acheteur soit prêt de payer le prix, qu'il ne l'est que le vendeur soit prêt de livrer la marchandise: l'un & l'autre peuvent être à terme. Il est même de la nature de ce contract, que, s'il n'y a rien de stipulé pour le temps de la livraison & du paiement, l'un & l'autre se fassent à la fois, & que l'acheteur & le vendeur soient prêts également à remplir leur engagement. Notre Auteur suppose peut-être, que le vendeur est toujours prêt de fournir la marchandise: mais il n'en est pas toujours ainsi, & il y a des cas assez fréquents, où le vendeur, bien loin d'être prêt de fournir la marchandise, s'engage de la fournir dans un certain temps; comptant sur les relations qu'il a, & qui le mettent en état de contracter ces sortes de vente.

Le contract d'achat & de vente est sujet à une infinité de modifications, qu'il est impossible de déterminer: c'est un acte dont le caractere essentiel est, qu'on s'oblige à changer une certaine marchandise pour un prix fixe. J'ai remarqué, que notre Auteur s'est trompé, en le faisant consister dans un don réciproque, de la marchandise d'une part, & du prix de l'autre. Cette méprise influe sur tout ce qu'il enseigne dans la suite, relativement à ce contract: quelquefois il la corrige, comme dans ce paragraphe-ci, où il revient à des principes établis précédemment: *naturellement*, dit-il, *le marché est fait, dès qu'on est convenu du prix; & que l'acheteur est prêt de le payer:* il

chevée aussi-tôt qu'on est convenu du prix, & que l'acheteur est prêt à le payer (§. CCCXVII.); *& dès que l'achat est achevé, il en naît une obligation parfaite, pour le vendeur de livrer la chose, & pour l'acheteur de payer d'abord le prix. Le paiement de l'argent* est un acte, par lequel on transfere à la fois, le domaine & la possession de l'argent dû; par conséquent il comprend à la fois la délivrance, & le don (§. CCLVIII. CCCXX.), & *l'on paie l'argent, si on le compte à celui à qui il est dû.* (x)

§. DXCVII. On dit que le vendeur *fait crédit* * à l'acheteur, si, se fiant à la parole de l'acheteur sur le paiement du prix, il lui livre la marchandise, sans exiger d'autre sûreté, ou d'autre satisfaction pour le paiement. *Faire crédit, c'est donc comme recevoir.* C'est pourquoi, comme le vendeur, en faisant crédit, semble avoir reçu le prix, & comme prêté l'argent à l'acheteur (§. DXXVIII. CCCXXIII.), *la vente est achevée, aussi-tôt qu'on est convenu du prix, & que le vendeur a fait crédit.* En effet puisque le vendeur ne veut donner la chose, que pour un certain prix, *le domaine de la chose ne passe à l'acheteur, que quand le vendeur reçoit actuellement le prix, ou est assuré de le recevoir.* Il paroît au reste (§. CCCXIV.), qu'*il dépend de la volonté du vendeur, de se faire payer le prix sur le champ, ou de faire crédit à l'acheteur, ou de s'assurer du paiement de quelqu'autre maniere*, comme par la fidéjussion soit simple (§. DLXIX.) soit solidaire (§. DLXXIX.). (y) *Du crédit.* * *fidem de pretio habere, ou fidem emptoris sequi.*

§. DXCVIII. Comme la vente ne s'acheve, qu'en donnant une certaine chose pour un certain prix (§. DLXXXVII.); *si le vendeur donne & livre sa marchandise, sans qu'on soit encore convenu du prix, il fait crédit à l'acheteur* (§ DXCVII.), & ce- *De la chose livrée à l'acheteur sans qu'on soit convenu du prix.*

il ne dit pas, que le marché est fait *dès que d'une part on a donné le prix, & de l'autre la marchandise*, comme il le faudroit, suivant la définition donnée §. DLXXXVII. D'ailleurs l'expression de notre Auteur ne me paroît pas exacte: suivant la nature du contract, il ne suffit pas qu'on soit convenu du prix, il faut que l'on soit aussi convenu de l'objet du prix: & il n'importe point, que l'acheteur soit prêt de payer pour consommer le contract; il suffit qu'il se soit obligé de donner le prix: ainsi il faut dire, ce me semble, que le marché est fait dès qu'on est convenu de changer telle marchandise pour tel prix

§. DXCVII. (y) Ce que l'Auteur dit ici n'est pas exact. Le *fidem de pretio habere* est proprement ce que l'on nomme *vendre à credit.* Vendre à credit ce n'est pas seulement vendre, en livrant la marchandise sur la parole de l'acheteur qu'il payera, mais c'est vendre d'une façon, que l'on livre ou que l'on s'engage de livrer la marchandise, en se fiant sur l'acheteur pour le paiement, soit pour un temps exprimé, soit pour un temps non-exprimé. Par exemple, *Titius* se trouve avoir dans un Navire, nouvellement arrivé, cent balles de caffé: il les vend à *Sejus*, à condition de les lui livrer dans quinze jours, & à trois mois de terme pour le paiement: voilà un contract de vente à crédit des deux côtés. L'acheteur s'en rapporte au vendeur, pour le temps de la livraison de la marchandise, & celui-ci s'en rapporte à l'acheteur, pour le terme du paiement. Voici un autre cas: *Sempronius* a coutume de prendre chez *Cajus*, dans le courant d'une année, différentes marchandises, dont il fait le paiement dans le courant de la suivante: il en demande à *Cajus*: celui-ci ne s'en trouvant pas pourvu, s'engage de satisfaire à la demande de *Sempronius* dans un mois: voilà un achat & une vente à crédit, soit pour la livraison, soit pour le paiement: *Sempronius* s'en rapporte pour le temps de la livraison à *Cajus*, comme celui-ci s'en rapporte pour le temps du paiement à *Sempronius*.

D'ailleurs comme il n'importe point à la consommation d'un contract de vente & d'achat, *que l'acheteur soit prêt de payer*, le raisonnement, que notre Auteur fait dans ce paragraphe, pour prouver, que le contract est consommé dès qu'on est convenu du prix, & *que le vendeur s'en remet à la bonne foi de l'acheteur*, me paroît superflu, & même un peu recherché. On ne peut guères dire, ce me semble, que celui qui vend à crédit, doit être considéré comme ayant reçu le paiement; & avoir prêté ensuite à l'acheteur le prix de l'achat. C'est une supposition qui me paroît uniquement employée, pour se conformer à la proposition énoncée dans le paragraphe précédent; savoir, que le marché est fait, dès qu'on est convenu du prix, & *que l'acheteur est prêt de le payer*: il n'est pas plus

celui-ci consent tacitement à payer le prix commun dans le temps où il reçoit la marchandise. (z)

De l'argent & de la chose donnée pour une chose. §. DXCIX. Pareillement, puisque dans la vente on donne de l'argent, ou un prix pour une chose (§. DLXXXVII.), & que dans l'échange on donne chose pour chose (§. DLXXXII.); *si quelqu'un donne une chose pour une chose, & de l'argent comme un supplément, ce contract est un échange; mais s'il donne de l'argent pour une chose, & une chose comme un supplément du prix, c'est une vente.*

En quel cas il est permis d'augmenter ou de diminuer le prix. §. DC. Comme l'usage de l'argent peut s'évaluer, puisqu'on en peut tirer un profit; *celui qui paie d'abord, ou anticipe le paiement, paie plus que celui qui le differe.* C'est pourquoi *le prix de la chose peut être augmenté pour le delai du prix, ou diminué pour l'anticipation, il n'est pas permis cependant de l'augmenter à cause du délai, si l'acheteur est disposé à payer le prix, quand le vendeur a besoin d'argent.*

De l'achat fait pour l'amour du vendeur, & au contraire. §. DCI. Pareillement, puisque la commodité de sa chose, ou d'acheter la chose d'un autre, peut s'évaluer; sur-tout s'il importe au vendeur de vendre sa chose, & à l'acheteur de pouvoir l'acheter; il y a lieu de récompenser celui qui a fait ensorte que nous puissions, vendre dans le premier cas, & acheter dans le second, c'est-à-dire, que nous avons trouvé un acheteur dans un cas, & un vendeur dans l'autre; il suit de-là que, *s'il importe au vendeur, de vendre d'abord sa chose, ou si on l'achete pour l'amour de lui, il est permis d'acheter à plus bas prix; & s'il importe à l'acheteur, que la chose se vende, ou si on la vend pour l'amour de lui, il n'est pas contraire à l'équité de la vendre à plus haut prix.*

§. DCII.

plus essentiel au contract d'achat & de vente. que l'acheteur soit prêt de payer le prix, qu'il ne l'est que le vendeur soit prêt de livrer la marchandise. *Sejus* vend à *Mævius* deux balles de coton, à fournir dans quinze jours, à condition, que *Mævius* lui payera la moitié du prix tout de suite, & l'autre moitié dans six semaines. Dira-t-on, que *Mævius* doit être considéré comme ayant reçu les balles de coton, & les avoir prêtées pour quinze jours à *Sejus*; & que celui-ci doit être considéré, comme ayant reçu le paiement en entier, & en avoir prêté la moitié à *Mævius* pour six semaines?

§. DXCVIII. (z) L'énoncé de ce paragraphe est fondé sur la supposition, que l'Auteur a employée au §. DLXXXVIII. & sur laquelle j'ai fait mes remarques: la disposition du Droit Romain, qui exige qu'il y ait un prix déterminé, soit d'une façon ou d'autre, répond mieux, suivant moi, aux principes sur lesquels il faut juger des faits. Un homme qui ne prend aucun engagement sur le prix, indique plutôt l'intention d'acheter qu'il n'achete réellement. Cependant il est des cas, où l'on doit admettre la doctrine de notre Auteur; & ces cas n'admettent point de regle générale, si ce n'est celle de faire attention à ce que les Contractants ont voulu. *Quæstio vertitur quid sit actum*, dit le celebre Jurisconsulte NOODT

§. DCII. (*a*) L'expression de *véritable prix* est très-équivoque: la valeur des choses dépend, comme nous l'avons remarqué, des desirs des hommes; & ce sont ces desirs, joints à d'autres circonstances, qui en fixent le prix: on peut en excepter, si l'on veut, quelques denrées, auxquelles le Souverain a soin de mettre un prix déterminé; mais cela ne fait pas un objet dans la multitude des différents contracts d'achat & de vente, qui se font journellement.

§. DCIII. (*b*) Ce que l'Auteur enseigne au commencement de ce paragraphe, s'accorde avec le Droit Romain, comme on peut le voir au titre des *Inst. des Contracts d'achat* §. 1. mais le Droit Romain n'est pas si clair pour les cas, où le prix a été laissé, ou semble avoir été laissé à la disposition d'un des Contractants, soit du vendeur, soit de l'acheteur: en général le Droit Romain regarde comme nul & non avenu tout contract d'achat & de vente, dans lequel le prix a été laissé à la disposition d'un des Contractants; du moins en faut-il juger ainsi, si l'on s'en tient à ce que GAJUS dit *l.* 35. §. 1. *de contr. empt.* à ce qu'ULPIEN dit *l.* 7. *in princ. eod.* & sur-tout à ce qui est déterminé par les Empereurs DIOCLETIEN & MAXIMIEN *in l.* 13. *C. de contr. empt.* néanmoins il y a des Interprêtes, qui croient que cette doctrine ne doit pas être prise au pied de la lettre; & qui veulent que, lorsqu'il est parlé de *l'arbitrage* des Contractants, il faut entendre par le mot d'*arbitrage*, une estimation faite de bonne foi: *arbitrio boni viri*, comme on parle dans le style

§. DCII. Personne ne devant devenir plus riche au dommage d'un autre (§. CCLXXI.); *si le vendeur s'est trompé en indiquant le prix, & a reçu de l'acheteur un prix trop grand, il doit restituer ce qu'il a reçu de trop*; au contraire, *si l'on a payé trop peu, l'acheteur doit suppléer à ce qui manque au vrai prix, ou s'il ne veut pas acheter au vrai prix, il doit restituer la marchandise, & reprendre ce qu'il a payé.* Comme le droit naturel ne distingue pas le plus & le moins, mais qu'il ne permet absolument aucune lésion; *naturellement un contract peut être rompu, pour quelque lésion que ce soit.* Au reste, par la même raison, *la même chose a lieu, si par ignorance on paie un trop grand prix, que l'acheteur croyoit être le vrai.* (*a*) *Du prix plus grand ou plus petit payé par erreur.*

§. DCIII. Comme il est indifférent, que l'acheteur & le vendeur conviennent entr'eux du prix, ou qu'ils en remettent la détermination à un tiers certain, ou incertain, *la détermination du prix remise à l'arbitrage d'un tiers est naturellement valide, à moins qu'il ne se soit trop écarté du prix courant, ou vrai* (§. CCLXXI.); & comme c'est pour qu'il n'y ait point de lésion à craindre dans le contract, qu'on remet la détermination à l'arbitrage d'un tiers, *celui, à l'arbitrage de qui on s'en rapporte, doit être un estimateur expert.* Mais comme dans les contracts il faut tenir pour vrai, ce qui est suffisamment indidiqué (§. CCCXVIII.), & qu'il n'est pas permis par la loi naturelle, que les contractants fassent ce qui répugne à leurs devoirs (§. XLII. LVII.); *il faut juger par les circonstances de l'intention des contractants*, ou pourquoi la détermination du prix a été remise à l'arbitrage du vendeur, ou de l'acheteur; *& selon le droit interne ces sortes d'achats se reglent sur les devoirs.* (*b*) *De la détermination du prix, remise à un tiers, à l'acheteur, au vendeur.*

§ DCIV.

style du Droit Romain. Je ne m'arrêterai point aux raisons qu'on allegue, pour justifier cette interprétation: on peut les voir dans les Commentateurs qui s'en sont servi: il me paroît plus essentiel de remarquer, qu'il y a dans ces cas, où on a laissé le prix d'achat à la disposition du vendeur ou de l'acheteur, une grande différence à faire de l'acheteur au vendeur, & que la décision de GAJUS *l.* 35. §. 1. étant relative à l'acheteur, ne doit pas raisonnablement être prise relativement au vendeur. *Sejus* vient chez moi, & trouve sept aunes de drap noir de la derniere beauté: il me demande, de qui avez-vous ce drap? Je lui réponds, je viens de le faire prendre chez *Titius*: combien en payez-vous, me demande-t-il? je n'en sais rien, lui dis-je, je me fie à *Titius*, il ne me surfera point: croit-on que le Jurisconsulte GAJUS eut prétendu, qu'il n'y auroit point eu de marché de fait, parce que je m'en serois reposé sur la bonne foi du vendeur. Je vais chez un Marchand de vin &, sans faire de prix, je lui dis, envoyez-moi deux ancres de vin, tels que vous en avez fourni à mon ami *Lucius.* A quel prix ce Marchand me le passera-t-il en compte? Doit-il me compter le vin au prix, qu'il l'a fourni a mon ami? mais mon ami est un homme qui laisse languir ses créanciers; je suis connu pour être exact à payer mes dettes au nouvel-an. Faut-il qu'il me le porte en compte au *prix commun*, comme notre Auteur le veut? mais quel est ce *prix commun*? Il n'en est point. Dans ces sortes de cas & dans mille autres de ce genre, qui se renouvellent sans cesse tous les jours, l'acheteur s'en remet à la bonne foi du vendeur: dira-t-on qu'il ne s'est pas fait d'achat ni de vente? Les cas dans lesquels on s'en remet à un acheteur sont plus rares, & doivent naturellement l'être, parce que c'est à celui qui possede un bien, à estimer sur quel pied & à quel prix il veut s'en défaire. Supposons que *Titius*, possédant une Maison, & sachant que son ami *Cajus* en cherche une, propose de lui vendre la sienne, & que pour l'y déterminer, il lui dise: vous y demeurerez douze mois; après ce temps, si la maison ne vous convient pas, vous en sortirez; si elle vous convient, vous m'en donnerez ce que vous jugerez qu'elle vous vaut. La vente est conditionnelle, & suppose le cas, que *Cajus* trouve que la maison lui convienne: dans ce cas le prix en est laissé à l'arbitrage de *Cajus.* La vente est-elle nulle ou non? Elle est nulle suivant le Jurisconsulte GAJUS; mais elle ne le seroit point au jugement des Interprêtes, qui veulent que dans ce cas, *Cajus* fasse l'office d'un bon Arbitre, & qu'on y supplée par une autre estimation, si *Cajus* manque à ce que la bonne foi exige de lui

Enfin, par rapport à ces ventes, il y a encore

De l'erreur touchant le corps ou la matiere, ou la qualité de la chose.

§. DCIV. La convention de celui qui erre étant nulle, si l'erreur en a été la cause (§. CCCCV. CCCCXXXVIII.); *si l'on achete, ou vend une chose pour une autre, soit qu'elle en differe par rapport au corps*, ou à l'individu, *soit par rapport à la matiere*, ensorte qu'elle soit toute entiere, ou en partie, d'une autre matiere qu'on ne le croyoit, *la vente est nulle.* Il paroît encore de là, que dans un pareil acte on commet une fraude, ou de dessein, ou d'événement, qu'on ne doit pas souffrir (§. CCLXXXVI.). *La même chose a lieu, si l'acheteur a indiqué suffisamment, ou qu'il paroisse suffisamment d'ailleurs, qu'il achete la chose à cause d'une certaine qualité, sans laquelle il ne l'acheteroit pas, & s'il est dans l'erreur par rapport à cette qualité*, par exemple, si l'on vendoit du vin nouveau pour vieux. (*c*)

Des conventions ajoutées à la vente. Et de la vente faite pour un certain jour, ou pour un certain temps.

§. DCV. Dans la vente, le vendeur transporte à l'acheteur le domaine de la chose (§. DLXXXVII.). C'est pourquoi, puisqu'il dépend de la volonté du maître de transporter le domaine de sa chose à un autre, de la maniere dont il le veut (§. CCCXIV.), & qu'il dépend de la volonté de celui qui le reçoit, de l'accepter de cette maniere ou non (§. CCCXVI.); *on peut au gré de l'acheteur & du vendeur ajouter à la vente des conventions, qui changent le droit acquis par elle, & produisent quelques nouvelles obligations, conventions qui doivent être gardées* (§. CCCCXXXVIII.). Il suit de-là, que, *si la chose se vend & s'achete pour être livrée un certain jour, la vente est d'abord achevée, mais les contractants ne sont pas obligés de l'exécuter avant que ce jour soit venu;* & au contraire, *si la chose se vend à condition, qu'elle soit achetée pendant un certain temps, la vente doit être d'abord exécutée, mais elle finit après ce temps écoulé.* (*d*)

De l'achat fait sous une condition résolutive.

§. DCVI. Puisqu'en conséquence du §. précedent, la vente peut se faire sous une condition résolutive, & en y attachant une peine pour celui qui reviendroit en arriere; *si l'on convient, qu'à moins que le prix ne se paie dans un certain temps, la chose sera comme non achetée, la vente est bien achevée d'abord, mais elle est rompue, si le prix ne se paie pas dans le temps convenu* (§. CCCXCVII.); *& si l'on convient que, pendant un certain temps, il sera permis à l'acheteur de s'écarter du contract, mais que, s'il s'en écarte, il fera quelque chose pour le vendeur, celui-ci ne peut en attendant vendre la chose à un autre; l'acheteur a le droit de revenir en arriere, mais il doit porter la peine de son changement.*

De la vente sous une condition suspensive & d'un acheteur qui offre de meilleures conditions.

§. DCVII. Pareillement, puisque la vente se peut faire sous une condition suspensive (§. DCV.); *si l'on achete sous une certaine condition, la vente n'est pas achevée avant que la condition existe, les contractants ne sont pas tenus jusqu'alors à la consommer, & elle est nulle, si la condition manque* (§. CCCXCVI.). *Il n'est pas permis cependant, pendant que la condition est en suspens, de revenir en arriere,* puis-

core à considérer, si la marchandise a été livrée ou non; non pas parce que la livraison fait partie du contract; mais parce que l'intention d'acheter & de s'en rapporter à la bonne foi du vendeur se manifeste, en acceptant comme achetée une marchandise, sur le prix de laquelle on n'est point convenu. Il semble que VINNIUS n'ait pas pénétré cette raison, lorsqu'il parle de l'opinion des Jurisconsultes, qui prétendent que les achats & les ventes, faites sans fixer de prix, sont valides, si la tradition de la marchandise s'en est suivie, quoique ces Auteurs, pour ne pas se départir de la regle, qu'ils supposent adoptée dans le Droit Romain, donnent dans ces cas non pas une action d'achat & de vente; mais l'*actio in factum*, comme parlent les Jurisconsultes.

Quoiqu'il en soit de ces opinions, si l'on jette un œil attentif sur les différentes manieres, dont les achats & les ventes se font; on trouvera, si je ne me trompe, que notre Auteur nous donne, sur la fin de ce paragraphe, la regle générale qu'il faut

puisqu'on ne peut ôter ni à l'une, ni à l'autre des parties, l'espérance de voir la vente achevée (ibid.). Le cas où l'on pourroit trouver un acheteur qui offrît de meilleures conditions, fait une condition particuliere. *Si* donc *on convient, que la chose sera comme non-achetée, si dans un certain temps on trouve un acheteur, qui offre de meilleures conditions, la vente est d'abord achevée, cependant le vendeur peut la vendre à un tel acheteur. Mais si l'on convient que la chose sera achetee, si dans un certain temps on ne peut trouver un acheteur, qui offre de meilleures conditions, la vente n'est achevée, qu'au cas qu'il ne se présente point de pareil acheteur, cependant il n'est pas permis en attendant de revenir en arriere.* Dans le premier cas c'est une condition résolutive; dans le second, suspensive (§. cccxv.).

§. DCVIII. La convention par laquelle on convient, que la chose soit comme non-achetée, si dans un certain temps, il se présente un acheteur, qui offre de meilleures conditions, ou qu'elle sera achetée s'il ne s'en présente point, s'appelle *addiction au jour* (*); dans le premier cas elle s'appelle *pure*, *conditionnelle* dans le second. On appelle *meilleures conditions* tout ce qui regarde l'utilité du vendeur, comme, par exemple, si l'on ajoute quelque chose au prix, si l'on offre le paiement en monnoie intrinséquement meilleure, si l'on paie sur le champ. Puisque les conventions obligent naturellement par elles-mêmes (§. ccccxxxviii.); *naturellement* aussi *on peut ajouter à quelque contract que ce soit des conventions qui dépendent du temps*, *on peut* donc *ajouter au contract de vente l'addiction au jour.* Comme au reste dans cette convention le but qu'on se propose, c'est que la vente ou se rompe, ou ne s'acheve pas, si un autre offre de meilleures conditions, & non point que le vendeur, s'il se repent, puisse à son gré rompre le contract, ou ne pas l'achever (§. dcvii.); le vendeur ne peut offrir lui-même de meilleures conditions. Il faut encore remarquer, que *l'addiction au jour peut se faire*, *ou en faveur du vendeur*, *ou en faveur de l'acheteur. Dans le premier cas*, on comprend aisément, qu'*il est libre au vendeur ou d'accepter les meilleures conditions*, *ou de s'en tenir aux premieres. Dans le second cas*, *dès que quelqu'un offre de meilleures conditions*, *l'acheteur est libéré tout de suite de son obligation*; *& le vendeur est obligé ou à accepter la condition*, *ou à reprendre sa chose.* Il paroît encore, que *le vendeur n'est pas obligé d'avertir l'acheteur*, *qu'on lui offre telle condition*, *avant que de vendre la chose à celui qui la lui offre*, *à moins qu'on ne soit convenu expressément*, *que la chose restera achetée*, *si le premier acheteur veut remplir la même condition.* Comme au reste il est indifferent à l'acheteur, qu'un autre acheteur ait la chose, ou que le vendeur la garde, si on lui offre de meilleures conditions, & comme celui-ci en la retenant, ne fait rien contre le droit du premier acheteur (§ lxxxiii.); *si*

De l'addiction au jour.

faut suivre, pour juger s'il y a eu une vente de faite ou non.

§. DCIV. (*c*) Quoiqu'il soit, généralement parlant, vrai, que ceux qui se trompent ne semblent pas donner leur consentement, comme s'exprime Ulpien *l.* 116. *ff. de reg. jur.* & qu'un contract est nul, dès que l'erreur y a donné lieu; cependant cette proposition n'est pas universellement vraie, puisque l'erreur ne nuit pas toujours à un contract, si elle doit être imputée à celui qui se trompe.

§. DCV. (*d*) Voyez *Inst. L.* iii. *T* xxiv. §. 4. & les Commentateurs sur cet endroit.

(*) *Addictio in diem*, c'est le terme employé dans le Droit Romain, auquel il n'y a pas de terme François qui réponde, & qu'il nous a fallu cependant faire connoître & définir, pour répondre au but que Mr. Wolf se propose dans cet ouvrage, de faciliter la connoissance du Droit Romain; cette expression est suffisamment éclaircie par la définition. R. d. T.

si l'on offre de meilleures conditions, le vendeur peut garder la chose, à moins qu'on n'en soit convenu autrement, d'une façon expresse. (*e*)

De la loi commissoire. §. DCIX. On appelle *loi commissoire* (*) en général une convention, par laquelle on convient, que si la chose due par un autre contract ne se fait pas, le débiteur perdra ce qu'il devoit avoir en vertu de ce contract, & alors on dit, que la chose perdue *est commise*. En particulier dans le contract de vente, on appelle *loi commissoire* la convention, par laquelle on convient, que, si l'acheteur ne paie pas le prix dans un certain temps, la chose sera comme non-achetée. Ainsi *une convention à laquelle on a ajouté une loi commissoire, est rompue, aussi-tôt que la condition résolutive, qui y est attachée, existe* (§. CCCXV.). C'est pourquoi *si l'achat s'est fait sous une loi commissoire, & que le prix n'ait pas été payé avant le temps fixé, le domaine de la chose vendue retourne de droit, tout de suite, au vendeur.* Mais comme le vendeur ne doit pas s'enrichir au dommage de l'acheteur (§. CCLXXI.), *si l'acheteur a payé une partie du prix, l'achat venant à être rompu en vertu de la loi commissoire, il faut lui rembourser ce qu'il a payé.* Et comme c'est uniquement en faveur du vendeur que l'achat est rompu, *si la loi commissoire a été ajoutée en faveur du vendeur, il lui est libre d'en profiter, ou non.* Comme l'effet de la loi commissoire dépend de la condition résolutive qui y est attachée; *si l'on ajoute une condition résolutive à un achat, & en général à quelque contract, ou convention que ce soit, cette clause ajoutée est équivalente à la loi commissoire.* De-là vient que l'addition d'une pareille condition, par laquelle ce qu'on devoit avoir est commis, ou perdu, & la convention même est rompue, s'appelle *clause commissoire.* (*f*)

Des conventions résolutives d'à présent, & d'alors. §. DCX. Une convention, à laquelle on ajoute une condition résolutive quelle qu'elle soit, s'appelle une *convention résolutive.* La loi commissoire, & l'addiction au jour sous une condition résolutive, sont donc des especes de conventions résolutives.

§. DCVIII. (*e*) Voyez le titre des Digestes *de in diem addictione*, & les Interprêtes sur ce titre.

(*) *Lex commissoria*; nous rendons cette expression litteralement, & non comme l'a fait Mr. BARBEIRAC par *clause commissoire*. que Mr. WOLF distingue de la loi commissoire à la fin de cet article. R. d. T.

§. DCIX. (*f*) Voyez le titre des Digestes *de lege commissoria*, & les Interprêtes sur ce titre.

§. DCXI. (*g*) Le droit de retrait en est un, que l'utilité publique a fait établir dans plusieurs pays pour différents objets, & par différents motifs. C'est à quoi Mr. le Président DE BYNCKERSHOEK n'a sûrement pas réfléchi, lorsqu'il a traité du droit de retrait *Quæst. Jur. priv. L.* 3. C. 13. ni NEOSTADIUS dans ses *supr. cur. decis.* 29. „ Anciennement, dit Mr. VILLARET *Hist.* „ *de France*, *Tom.* VI. *p.* 188. tous les propres „ étoient inaliénables, sans le consentement de „ l'héritier présomptif, ou sans nécessité jurée, „ ou sans intention de les remplacer par d'autres „ acquisitions. Depuis on obligea du moins de „ les offrir aux plus proches parents, qui pouvoient les prendre au prix, convenu avec l'a„ cheteur, devant les Juges ordinaires, dont „ l'approbation étoit toujours requise pour légi„ timer la vente." „ Heureux (s'écrie le judi„ cieux & élégant Historien) Heureux siecle, où „ le gouvernement, toujours attentif au bien de „ la chose publique, forçoit en quelque sorte les „ familles, à la conservation de leur patrimoine! „ si cette loi, dictée par la sagesse-même, étoit „ encore en vigueur, on ne verroit point les „ Seigneurs engager si facilement leurs terres, „ pour satisfaire d'indignes passions, qui les dés„ honorent. L'œil de la justice, toujours ou„ vert sur leurs démarches, les contiendroit dans „ les bornes étroites d'une bonne économie. „ Tous leurs domaines passeroient en entier à „ leur postérité, non à des gens plutôt nés, pour „ occuper les anti-chambres, que pour étaler „ un luxe indécent dans les palais, élevés par les „ mains des Princes." En effet, si les Loix naturelles nous dictent d'élever nos Enfants, & de leur donner un état honnête, ces mêmes Loix ne défendent-elles pas à nos Enfants d'aliéner nos biens, que nous sommes censés leur avoir donnés, laissés, ou transmis pour leur conservation & celle de notre postérité? Les Loix civiles, qui restreignent l'aliénation de nos biens, bien loin d'é-

tives. On les appelle *résolutives d'à présent* *, quand le contract est rompu pour le temps qui a précédé, comme s'il avoit été nul dès le commencement; & on les appelle *résolutives d'alors* †, quand le contract est rompu dans le temps où la condition existe, ensorte qu'il soit tenu pour nul seulement depuis ce temps-là. Puisque naturellement il dépend des *contractants*, de faire leurs conventions comme ils veulent (§. CCCLXXXV. CCCCXXXVIII.); *il dépend* aussi *de leur volonté, que la convention soit rompue d'à présent, ou d'alors, lorsque la condition résolutive existera.*

* resolutivum ex nunc.

† resolutivum ex tunc.

§. DCXI. Si nous convenons, qu'au cas que vous veuilliez revendre la chose achetée, vous la vendrez à moi, ou à un certain tiers, ou que vous ne pourrez la vendre à un autre, si moi, ou ce tiers en voulons donner le même prix, qu'en donneroit cet autre, le droit acquis par cette convention ajoutée à la vente, s'appelle *droit de retrait*; dans le droit civil on l'appelle *droit de retrait conventionnel*, parce qu'il naît d'une convention, par opposition au *droit de retrait légal*, que la loi donne à certaine personne, & qui est purement civil. *Le droit de retrait diminue le droit d'aliéner* (§. CCLVII.), *mais sans dommage pour le maître* (§. CCLXIX.). L'on appelle *droit de préférence* *, celui par lequel quelqu'un doit être préféré à un autre, ou à d'autres, dans un certain acte; ainsi *le droit de retrait est un droit de préférence, mais non pas au contraire.* Au reste, comme par la convention *le droit de retrait* est restreint à la vente, il *n'a pas lieu si la chose, qui y est sujette, est aliénée sous quelqu'autre titre que la vente*, si, par exemple, on la donne, ou on l'échange (§. CCCXVIII.). Comme chacun peut naturellement céder son droit à un autre (§. CCCXLII.), à moins que ce ne soit un droit personnel (§. CCCC.), *le droit de retrait peut* aussi *être cédé, à moins qu'il n'ait été dit expressément, qu'on ne le céderoit pas; ou qu'il ne paroisse d'ailleurs, qu'il est restreint à la personne* (§. CCCXVIIII.). (*g*)

Du droit de retrait.

* jus protimiseos.

§. DCXII.

d'établir quelque chose d'injuste, ramenent plutôt cette aliénation aux principes du Droit naturel. Ces principes nous indiquent une différence de droits sur ce que nous possédons, suivant les différentes sources, d'où les possessions nous sont venues. Les droits d'un homme, qui doit à son industrie seule tout ce qu'il possede, sont différents de celui, qui ne possede rien que par voie d'héritage. S'il est juste que celui-là jouïsse d'une pleine liberté, de disposer de ses biens comme il voudra, il est juste que cette liberté soit limitée, par rapport à celui qui ne possede rien par lui-même. Le droit de retrait, quoiqu'il limite en quelque sorte la libre disposition de ce que l'on possede, n'est pas si mal fondé que quelques Auteurs se le sont imaginé. Mr. V. D. SPIEGEL, dans un petit Traité *sur l'origine & l'histoire du Droit de la Hollande*, remarque fort judicieusement, que ce droit de retrait tire son origine des us & coutumes des anciens Germains; les liaisons de parenté étoient si étroitement observées parmi ce peuple, qu'on ne pouvoit rien faire qui pût avoir de l'influence sur l'état d'une famille, sans prendre l'avis des parents: ils héritoient nécessairement les uns des autres; & de-là aussi la nécessité d'épouser leurs querelles. Ces usages, dictés par la Loi naturelle, ont été adoptés & suivis par les Francs. L'histoire en fournit des exemples sans nombre. D'autres motifs firent étendre le droit de retrait à d'autres cas: on sait que l'Empereur *Anastase*, voulant réprimer les vexations commises contre des Débiteurs, donna un rescript, que l'on trouve *l. 22. C. mandat.*; & qui est connu sous le nom de *Retractus Anastasianus*. Non-seulement ce droit de retrait a été adopté dans bien des endroits, mais il y a des endroits, où, perdant de vue le motif, on lui a donné plus d'étendue, qu'on auroit dû raisonnablement le faire: on n'en a pas vu d'abord les inconvénients, qui dans la suite l'ont fait ou rejetter, ou du moins limiter. Quoique les notes, que Mr. le Conseiller SCHORER a faites sur l'endroit de l'ouvrage Hollandois de GROTIUS, *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, où il est parlé du retrait, ne regardent proprement que le Droit Hollandois, & celui de quelques autres Provinces, elles méritent cependant d'être lues.

Convention de revendre, ou de racheter.

§. DCXII. Si l'on convient que, quand il vous plaira, ou au bout d'un certain temps, ou durant un certain temps, il vous sera permis de racheter la chose vendue, cette convention, ajoutée au contract de vente, s'appelle *convention de revendre*, ou *de rétrovendition*, ou *grace de rachat. Par-là l'acheteur est obligé*, à la vérité, *à revendre la chose*, mais *le vendeur n'est point obligé à la racheter.* Comme c'est une toute autre convention, si l'on convient, que la chose vendue devra être rachetée après, ou durant un certain temps; nous appellerons cette sorte de convention, *convention de racheter*, ou *de rachat. Par la convention de rachat, le vendeur est obligé de racheter la chose*, *mais non l'acheteur à la revendre* Le reste de ce qui regarde l'une & l'autre de ces conventions, comme aussi toutes les autres conventions ajoutées, se comprend aisément, par ce que nous avons dit, ou suffisamment indiqué (§. CCCXVIII.).

§. DCXIII.

§. DCXIII. (*b*) C'est une question très-importante, & sur laquelle les Savants sont encore extrêmement partagés, savoir, si le péril d'une chose vendue, mais non livrée, est à la charge du vendeur ou de l'acheteur. PUFENDORF, dans son *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* v. *Ch.* v. §. 3. voulant chercher un tempérament, ne résout pas la question mais l'évite. Les cas sur lesquels le doute se forme, ne sont pas de ces cas dans lesquels on peut prouver, qu'il y a quelque faute, soit de la part du vendeur, soit de la part de l'acheteur, ou dans lesquels il y a quelque condition qui le décide; mais il s'agit d'un cas tout simple, où il faut décider sur la simple demande, si un vendeur, ou un acheteur doit porter le dommage, survenu à une marchandise vendue, mais non pas livrée encore: & ces cas ne sont pas si rares qu'on pourroit se l'imaginer. Deux Négociants, par exemple, se trouvent le soir en compagnie. L'un dit à l'autre, vous avez vu hier le coton que j'ai dans tel magazin: j'en ai encore trente balles: les voulez-vous? L'autre demande le prix, & après avoir marchandé, il les achete. Pendant la nuit, le feu prend au magazin, consume le coton soit en tout, soit en partie: la perte est-elle à la charge du vendeur ou de l'acheteur? Voilà le problême qu'il faut résoudre. Notre Auteur paroît le faire dans ce paragraphe. L'avantage & le désavantage d'une chose (dit-il) sont pour le compte du maître: dès le contract de vente fait, l'acheteur est maître de la chose vendue; donc l'avantage & le désavantage de la chose sont pour son compte. C'est-là son raisonnement: je l'examinerai ci-après, & j'observerai ici uniquement, que notre Auteur met l'avantage & le désavantage d'une chose, sur le compte de l'acheteur, parce qu'il regarde l'acheteur comme maître de la chose, quoiqu'elle ne lui ait pas été transférée; & que les Jurisconsultes Romains au contraire, s'en tenant au principe, que le domaine ne passe de l'un à l'autre que par la tradition, auroient dû conclure, ce me semble, par la même raison, que tout accident qui survient à une chose vendue, avant d'être livrée, est pour le compte du vendeur, suivant la maxime *Res perit suo domino.* Cependant il n'en est pas ainsi: le Droit Romain adopte la regle, qu'une chose vendue, quoique non livrée, est aux risques & au profit de l'acheteur: & cette espéce de contradiction n'a pas peu embarrassé ceux, qui croient qu'il n'y a rien à réprendre dans le Droit Romain, tandis que d'autres en ont inféré, que les Jurisconsultes Romains sont peu constants dans leurs principes, & souvent très-peu d'accord entr'eux. „ Les Jurisconsultes & leurs Interprêtes (dit Mr. BARBEIRAC dans une note sur l'endroit de PUFENDORF, que je viens de citer §. III. en parlant de la difficulté, de concilier la disposition du Droit Romain, sur les risques d'une chose vendue, avec la maxime, que toute chose périt pour le compte du maître,) „ auroient évité tout cet embarras, „ & établi des principes mieux liés, s'ils ne s'étoient entêtés d'une fausse idée de transport de „ propriété, qu'ils prétendent ne pouvoir se faire, que par une prise de possession." Sans vouloir justifier l'idée, que Mr. BARBEIRAC blâme ici, qu'il me soit cependant permis de remarquer, qu'il y a de la différence entre des principes, dictés par le Droit Naturel, & ceux qu'on admet dans le Droit Civil: peut-être les Interprêtes, qui veulent concilier toutes les différentes décisions du Droit Romain, & les Savants, qui croient y trouver des contradictions manifestes, ne se sont-ils pas faits des idées assez distinctes des principes, sur lesquels les Jurisconsultes Romains fondoient leurs opinions dans certains cas; & peut-être est-ce à cela, plutôt qu'à un défaut de pénétration, ou de lumieres de leur part, qu'il faut attribuer le peu de convenance, que l'on croit remarquer entre leurs maximes, & quelques-unes de leurs décisions. Car quoiqu'il soit vrai, que suivant le Droit Naturel le domaine d'une chose, défini comme il l'est par notre Au-

§. DCXIII. *Si-tôt que par le contract de vente, quelques conventions qui y soient ajoutées, le domaine a passé à l'acheteur*, comme dès-lors il est le maître, & que le vendeur a cessé de l'être (§. CXCV.); *tous les avantages* aussi *qui peuvent être retirés de la chose* (§. CXCVIII.), *& tous les risques de détérioration, de perte, de destruction, regardent l'acheteur* (§. CCXLIII.). De-là il est aisé de déterminer, dans quelque cas que ce soit, pour qui sont naturellement les avantages, & les risques. Comme cependant les conventions peuvent se faire comme il plaît aux contractants (§. CCCXCIII. CCCCXXXVIII.), ainsi aussi *l'on peut convenir, que, sous certaines conditions, ou pendant un certain temps, le domaine de la chose vendue reste au vendeur, & que cependant l'avantage, & les risques soient pour l'acheteur, ou au contraire; & même, que le domaine avec les risques passe à l'acheteur, & que cependant l'avantage appartienne au vendeur, sous certaines conditions, ou pour un certain temps.* (*b*) *Pour qui sont les avantages, & les risques de la chose achetée, dans les divers cas.*

§. DCXIV.

Auteur, passe de l'un à l'autre, par le simple consentement ou l'acquiescement, sans tradition corporelle; s'ensuit-il de-là qu'il ne puisse y avoir de raisons, qui nous défendent d'admettre ce principe dans l'état civil? Du moins ce n'est que par des actes physiques, que nous pouvons faire connoître nos droits: & le premier moyen de prouver qu'une chose nous appartient, c'est qu'on la tient. *Dominiumque rerum ex naturali possessione* (h. e. detentione) *cæpisse videtur, Nerva filius ait*, lisons-nous *l. 1. §. 1. ff. de adq. poss.* Cependant le Droit Romain ne dicte point, que le domaine passe de l'un à l'autre par la simple tradition. Au contraire le Jurisconsulte PAUL s'exprime ainsi *l. 31. ff. de adq. rer. dom. Nunquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur:* & le droit de réclame, accordé indistinctement à tout maître qui retrouve son bien, aliené sans son consentement, prouve manifestement, que la tradition seule ne suffisoit pas, pour faire passer le domaine de l'un à l'autre. Les Jurisconsultes Romains ont exigé la tradition, parce qu'ils ont combiné dans l'idée du domaine, celle de l'exercice de ce droit; vraisemblablement parce qu'en effet le droit n'est rien, si l'on est privé du pouvoir de l'exercer. Ne soyons donc pas si prompts à censurer les idées de ceux, qui ont pensé & écrit dans de tout autres circonstances, & dans des vues bien différentes des nôtres. C'est d'après ces circonstances, c'est d'après leurs vues qu'il faut les juger. Il ne faut jamais oublier, qu'ils parloient sur des principes, non de Droit Naturel, mais de Droit Civil; tels qu'on les avoit adoptés, ou qu'on devoit les concilier avec des loix établies: si ces principes de Droit Civil choquent, ou paroissent choquer ceux de Droit Naturel, & si les Jurisconsultes Romains se sont trouvés par-là souvent embarrassés, c'est un inconvenient qu'il faut moins attribuer à leurs lumieres, qu'à leurs situations. Ne nous trouvons-nous pas mille fois dans le même cas, lorsque nous devons donner quelque avis, & que notre jugement doit se régler sur quelque principe du Droit Civil, qui, tout erroné qu'il soit, sert pourtant de regle dans les Tribunaux? Mais en tout cas est-il bien vrai, que les Jurisconsultes Romains soient si peu d'accord sur le sujet, dont il est ici question, qu'on paroît le croire?

„ Dès que la vente est parfaite (dit JUSTINIEN dans ses *Institutes*, au titre *des Contracts d'achats* §. 3.) „ ce que nous avons dit arriver, dès que „ les parties sont convenues du prix de la cho- „ se, (quand la vente est faite sans écrit) la chose „ vendue, quoiqu'elle ne soit pas encore livrée, „ commence à être aux risques & fortunes de l'a- „ cheteur." Je ne m'arrêterai point à l'explication & à l'interprétation, qu'on fait ordinairement de ce paragraphe: on peut les voir dans les notes, que Mr. FERRIERES a ajoutées à sa traduction, & dans lesquelles il donne un précis judicieux de ce que VINNIUS & d'autres Commentateurs ont exposé dans un plus grand détail. Je viens au fait, & j'avoue ingénument, que je ne goûte aucune des raisons, que les Interprêtes donnent pour justifier cette décision: elles me paroissent tenir de ces sortes de subtilités, qui approchent de la chicane.

Voyons si nous n'en pouvons pas trouver des raisons plus simples & plus naturelles, prises de la nature-même de l'acte dont il s'agit. Celui qui vend, que fait-il? Cede-t-il uniquement le domaine (*dominium*) à celui qui achète? Non. Il s'engage encore, à mettre l'acheteur en état d'exercer ce droit: il se charge de lui donner l'exercice du domaine. C'est ce que les Jurisconsultes nommoient *nudam possessionem tradere.* Or quoiqu'il soit vrai, que le simple consentement fait passer le domaine de l'un à l'autre, & que le marché fait, le domaine, ainsi que notre Auteur le définit, passe du vendeur à l'acheteur: ce-

pendant tant que l'acheteur n'a pas été mis dans l'exercice de ce droit, le vendeur reste toujours chargé de l'obligation de satisfaire l'acheteur sur ce point: de sorte qu'en comprenant sous le mot de *domaine*, la faculté morale de disposer d'une chose, & le pouvoir physique d'en disposer, il sera vrai, que le simple consentement ne fait pas passer le domaine de l'un à l'autre, & qu'il faut pour produire cet effet, que le consentement soit accompagné d'un acte, qui fait passer la chose physiquement au pouvoir d'un autre, ou qui la mette physiquement à sa disposition. Et par quelle raison ne pourroit-on point prendre le mot de *dominium* dans un sens physique, aussi-bien que dans une signification morale, lorsqu'on lit *l. 20. C. de pact. traditionibus tantum & usucapionibus, non pactionibus dominia transferuntur*? cette notion du moins répond mieux à l'idée, qu'on se fait naturellement du domaine. Quand on dit; je suis maître d'une chose, on signifie par-là, qu'on en a la disposition libre, & moralement & physiquement. Ainsi il sera toujours vrai, que pour rendre quelqu'un maître d'une chose, elle doit être mise à sa disposition moralement, & physiquement: c'est-à-dire, il faut qu'on transmette à celui qu'on veut en rendre maitre, la faculté morale d'en disposer, ce qui constitue le droit, & le pouvoir physique d'en disposer, qui constitue l'exercice du droit.

Mais pour faire passer une chose physiquement au pouvoir de quelqu'un, faut-il absolument une tradition, proprement dite? En y faisant bien attention, on trouvera, que le pouvoir physique, qui constitue l'exercice du domaine, demande de la part des autres un état plutôt passif, qu'actif; de sorte qu'il suffit, que d'un côté on s'abstienne d'un droit, pour que d'un autre côté on puisse l'exercer: c'est cette situation que l'on nomme *être à la disposition de quelqu'un:* ainsi dès qu'une chose est à la disposition d'un acheteur, qu'on lui en fasse la tradition ou point, elle est dans la situation, que l'acheteur en est tout-à-fait le maitre, à l'exception seulement, qu'il n'en a point encore la possession physique: or si, par un marché fait purement & simplement, la chose passe à la disposition de l'acheteur, dès le moment que l'achat est conclu; il s'ensuit que, si l'acheteur la laisse dans l'endroit où elle se trouve, elle y reste par sa disposition, par un effet de son choix, de son consentement; conséquemment le risque qu'elle court dans l'endroit où elle est, ne peut être imputé au vendeur, s'il ne dépend pas de celui-ci, que la possession n'ait été transférée, & s'il n'y a rien de sa faute, en cas d'accident. C'est en conséquence de ces principes, qu'un vendeur est considéré comme simple débiteur de la chose vendue; c'est-à-dire. comme quelqu'un à la charge duquel il n'y a d'autre obligation, que celle de transférer la chose vendue; & de répondre en tout cas du dol, & de la faute, s'il en commet. Voilà, ce me semble, une interprétation naturelle de ce que JUSTINIEN enseigne, dans l'endroit des *Institutes* que nous avons rapporté: & pour prouver que JUSTINIEN a compris, que la chose vendue, quoique non transférée encore, est cependant à la disposition de l'acheteur, on n'a qu'à faire attention à ce qu'il dit dans le même paragraphe; „ Si un Esclave vendu (dit-il) a pris la fuite, ou a été „ enlevé sans le dol & sans la faute du vendeur, „ il faut examiner s'il *s'est obligé de garder la chose jusqu'à ce qu'il en fit la délivrance:*" on ne s'oblige point à garder une chose qui est *à notre disposition*, mais celle qui est *à la disposition de celui, pour qui on la garde.* Concluons que, pour juger si le risque d'une chose vendue est à la charge du vendeur ou de l'acheteur, il faut examiner, non pas si *la délivrance en a été faite*, mais si *la chose a été à la disposition* de l'acheteur, ou non, & c'est, ce me semble, la raison pourquoi le Jurisconsulte PAUL dit, *quod si neque traditi essent*, NEQUE EMPTOR IN MORA FUISSET, QUO MINUS TRADERENTUR, *venditoris periculum erit. l. 14. ff. de per. & com. rei vend.* Il faut que les choses vendues soient ou livrées, ou à la disposition de l'acheteur; l'un ou l'autre suffit, pour que le risque en soit à sa charge: parce que dès que la chose est à la disposition de l'acheteur, il dépend de lui d'en être le maitre. Or le Droit Romain suppose, & avec raison, que dans une vente pure & simple, la chose vendue est tout de suite à la disposition de l'acheteur; que le vendeur cede non-seulement le droit qu'il a sur elle, mais aussi qu'il s'abstient tout de suite de l'exercice de ce droit; ainsi il est tout simple, que le risque passe en même temps à l'acheteur: mais comme la diversité des objets qui entrent dans le commerce de la vie, & les différentes situations, dans lesquelles ils se trouvent, les empêchent de pouvoir être mis tous de la même maniere à la disposition de l'acheteur, il en résulte, que c'est par les différentes circonstances, dans lesquelles ces objets se trouvent, qu'on doit juger de ce qui est requis pour qu'ils soient à la disposition de quelqu'un, afin de pouvoir décider qui de l'acheteur ou du vendeur, doit avoir les risques à sa charge. Par exemple, je vais chez un Marchand de papier & j'en achete cent rames, que je trouve dans son magazin: ces rames de papier pourront être livrées tout de suite; elles peuvent être tout de suite à ma disposition, & sont censées l'être, dès que le prix d'achat a été stipulé. J'ordonne à un Marchand de vin de me fournir deux ancres de vin d'une certaine sorte; le prix est fait: mais le vin doit être mis en bouteille, avant que je puisse disposer des deux ancres achetés. J'entre dans une boutique de drap; j'achete sept aunes d'une piece: ces sept aunes ne peuvent être à ma disposition, qu'après qu'on les a détachées de la piece. Si l'on fait attention

à

à ces différentes situations, qui peuvent être portées à l'infini, il ne sera peut-être pas difficile de dégager le Droit Romain de cette apparente obscurité, qu'on a cru y remarquer.

On voit en premier lieu, que tout objet d'achat doit être déterminé, parce qu'une chose indeterminée ne peut être mise à ma disposition: j'entre dans un magazin de papier, j'y vois trois-cent rames d'une certaine sorte; j'en achète cent: tant que les cent rames n'ont pas été détachées des trois-cent, le vendeur ne les a pas mises à ma disposition. C'est pour cela que le Jurisconsulte PAUL n'a pas tort de dire, *videri autem trabes traditas, quas emptor signasset:* l'acte de les marquer denotant, qu'il a entendu les avoir à sa disposition; car quoiqu'il soit vrai, comme le remarque LABEO, que l'action de marquer se fait plutôt pour qu'on ne fasse pas de changement ou de substitution aux effets achetés, que pour désigner une tradition; il n'est pas moins vrai d'un autre côté, que l'action de marquer, faite même dans la vue de prévenir une substitution, denote qu'on s'approprie la chose achetée, & qu'on entend l'avoir à sa disposition.

Quant aux endroits des *Pandectes*, dans lesquels on croit decouvrir une doctrine, contraire à la maxime générale du Droit Romain, il me semble, que les cas n'y sont pas exprimés assez clairement, pour pouvoir s'y fonder. On ne voit pas, par exemple, si les bois de Lits, dont il est parlé *in ll.* 12. 13. *&* 14. *ff. de per. & com. rei vend.*, & que l'Edile a fait mettre en pieces, ont été achetés se trouvant en rue, ou si le vendeur les a mis en rue après l'achat. Dans le premier cas, l'acheteur devroit s'en prendre à lui-même de les y avoir laissés: dans le second cas, le vendeur seroit responsable de les y avoir mis. La maniere dont ces trois loix sont exprimées, semble authoriser cette réflexion: car je ne conçois pas trop, ce que le mot de *traditi* signifieroit dans la derniere, si l'on ne doit pas entendre par-là, que les bois de lits ont été mis en rue par le vendeur, sans avertir l'acheteur, que par-là il prétendoit les lui livrer. On n'a qu'à faire attention à la nature de l'acte. Un homme se trouve en rue, y achete une marchandise, qui est sur le pavé. Que faut-il pour la mettre à sa disposition? Que le vendeur ne l'empêche point de la venir prendre. La marchandise est livrée dès que le contract est conclu, & que le vendeur ne porte aucun empêchement à la prise de possession: c'est dans ce sens que le Jurisconsulte GAJUS dit, *interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam. Veluti si rem, quam commodavi, aut locavi tibi, aut apud te deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim: eo tamen, quod* PATIOR EAM EX CAUSA EMPTIONIS APUD TE ESSE, *tuam efficio. l.* 9. §. 5. *ff. de adq. rer. dom.* Mais si cet homme se trouve dans une maison, & y achete des bois de lits; il faut quelque chose de plus: le vendeur en ce cas doit les tenir à la disposition de l'acheteur, dans l'endroit où ils sont, ou dans quelqu'autre endroit équivalent, ou bien il doit les remettre à l'acheteur, ou à ceux que l'acheteur constitue pour recevoir la marchandise: s'il les met en rue, c'est un acte indiscret, dont le péril doit être à sa charge; & ce sera un cas semblable dont la *l.* 14. parle. VOET paroît avoir considéré le cas de cette façon. NOODT l'explique d'une maniere, qui me paroit un peu trop recherchée: il ne veut pas, que le fait de l'Édile soit pris pour un cas fortuit: mais qu'il en soit ce qu'on voudra, si la chose achetée est, dès le moment de l'achat, au péril & risques de l'acheteur, je ne vois pas par où l'acte de l'Edile en seroit excepté. Le célebre JANUS A COSTA raisonne plus naturellement, en attribuant au vendeur un défaut de soins, qui le rend comptable de l'accident survenu aux bois de lits.

Mais il y a un autre cas, qui a fort intrigué les Interprêtes: on le trouve *l.* 33. *ff. loc. cond.* Pour sauver ce que l'on croit y trouver de contraire à la regle générale, qui veut, qu'une chose vendue soit pour le compte & risque de l'acheteur, on distingue le cas d'une chose, qui périt par hazard, du cas où elle se perd par confiscation. Voilà du moins la voie, que JANUS A COSTA & NOODT ont employée pour mettre les Jurisconsultes d'accord sur ce point. J'ai déjà fait sentir, que je ne goûte point cette distinction. Tant que le vendeur n'est pas en faute, il me paroit très-indifférent, qu'une chose périsse par un coup de foudre, par un ordre du Souverain, ou par le fait d'un Voleur. Je ne vois pas plus de raison, d'en mettre le risque sur le compte de l'acheteur, dans l'un de ces trois cas, plutôt que dans les deux autres. Ce qui doit décider c'est, si la chose enlevée, confisquée, ou réduite en cendres, a été à la disposition de l'acheteur, dans le temps que ce cas est survenu: or c'est là précisément ce que signifient, ce me semble, les mots *si vacuus traderetur.* Les biens immeubles ne se mettent pas à la disposition de quelqu'un, comme les biens meubles: pour mettre à la disposition de quelqu'un une terre, une maison, un bien fonds, il faut s'en retirer, il faut le vuider: c'est ce que l'on nomme *vacua traditio.* Le mot *vacuus* désigne dans le Droit, ce qui n'est pas détenu; ce qui est libre à saisir, à être pris, à être détenu par celui qui en a le droit: dans la *l.* 33. dont il est question, AFRICANUS parle d'un bien-fonds, qu'on suppose ne pas avoir été vuidé, qui n'a pas été mis à la disposition de l'acheteur, de sorte que la confiscation ne peut pas non plus retomber sur lui.

Dans toute cette matiere il ne faut pas perdre de vue, qu'un vendeur, par cela même qu'il a vendu une chose, ne fait pas passer à l'acheteur uni-

De l'achat d'une chose, qui doit être approuvée par le goût, ou par la vue.

§. DCXIV. *Si l'on vend une chose qu'on doit approuver, en la goûtant ou en la voyant*, par exemple, si je vous vends du vin qui est dans ma cave, que vous devez gouter; *elle n'est censée achetée qu'autant qu'on l'approuvera*; par conséquent, *les risques & les avantages ne regardent l'acheteur, qu'après qu'il l'a approuvée, en la goutant, ou en la voyant* (§. DCXIII.). *(i)*

Pour qui sont les avantages ou les risques, si l'on vend l'une ou l'autre de deux choses.

§. DCXV. *Si l'on vend l'une ou l'autre de deux choses, ensorte que l'acheteur ait le choix entre les deux*, comme le domaine ne passe pas à lui *avant qu'il ait choisi* (§. CXCV.), *les avantages & les risques des deux choses regardent le vendeur seul* (§. DCXIII.).

Du vendeur qui ne consent pas au delai du prix, & de l'intérêt du retard.

§. DCXVI. Comme l'achat n'est pas achevé, à moins que le prix ne soit payé d'abord (§. DXCVI.), ou que le vendeur ne consente au délai (§. DXCVII.); *si l'on est convenu du prix, & que le vendeur ne veuille pas consentir au délai, l'achat est nul*; par conséquent, *si, revenant à la charge, vous voulez payer le prix d'abord, il n'est plus tenu de vous donner la chose pour le même prix.* Et comme vous êtes coupable de retard, *si vous ne payez pas le prix dans le temps convenu* (§. CCCCXVII.), *vous devez donner au vendeur autant que vaut l'usage de l'argent, depuis le jour du délai* (§. CCCCXIX.). *(k)*

§. DCXVII.

uniquement le droit d'en disposer à volonté, mais qu'il s'oblige de plus à laisser la chose à la disposition de l'acheteur, c'est-à-dire, à s'abstenir de tout exercice du droit qu'il a cedé, & à ne pas troubler l'acheteur dans l'exercice du droit qu'il a acquis: & enfin à en faire la livraison. Or dès le moment qu'elle a été mise par le vendeur à la disposition de l'acheteur, ce n'est plus au vendeur, mais à l'acheteur qu'il faut s'en prendre, si la livraison n'a point été faite: elle est censée l'avoir été: le vendeur n'est consideré que comme débiteur de la chose, ou de la délivrance. C'est à quoi notre Auteur n'a pas assez fait d'attention, à ce qu'il me semble. Il veut que tout danger d'une chose achetée, ainsi que toute détérioration, soit pour le compte & aux risques de l'acheteur, dès le moment que le marché est fait, parce que dès ce moment le domaine en a passé à l'acheteur: il suppose donc que l'acte de transférer le droit, qu'il nomme domaine, est seul suffisant pour décharger le vendeur du péril, que court une chose vendue, & pour en charger l'acheteur; & c'est, si je ne me trompe, une erreur, qu'on peut réfuter en remarquant, que celui qui détient une chose contre le gré de celui, qui a droit à ce qu'il ne la détienne pas, est responsable du péril que la chose court entre ses mains.

Pour revenir maintenant à la question que j'ai proposée ci-dessus, il résulte, de ce que je viens de dire, que si les trente balles de coton ont été dans une situation, à pouvoir être à la disposition de l'acheteur, & qu'elles l'aient été, la perte occasionnée par l'incendie, sera pour le compte de l'acheteur; mais si ces trente balles n'ont pas été dans cette situation, la perte sera pour le vendeur. Supposons ces trente balles séparées, ou bien signées ou marquées; elles ont pu être à la disposition de l'acheteur, dès le moment de l'achat; mais supposez qu'elles se soient trouvées avec d'autres balles, & qu'elles n'aient point eu de marque, elles n'auront pû être à la disposition de l'acheteur.

La raison dont on se sert communément, pour prouver que le danger d'une chose vendue, est aux risques de l'acheteur, est, que celui qui a l'avantage d'une chose, doit en avoir le désavantage également pour son compte: je ne puis goûter cette raison: outre que cette regle est sujette à des exceptions, je puis demander, quand est-ce que l'avantage d'une chose commence à être au profit de l'acheteur, & pourquoi l'avantage commence-t-il à être au profit de l'acheteur dès le marché fait? c'est parce que par la vente, le vendeur renonce, en faveur de l'acheteur, à tout droit sur la chose; & qu'il la tient à sa disposition: la même raison décide pour le péril. A qui l'acheteur s'en prendroit-il pour la perte d'une chose, dont il a acquis tout le droit, qui a été à sa disposition, & que le hazard a fait périr? On trouve dans un ouvrage hollandois du Conseiller JEAN LOENIUS, qui a pour titre *Decisien en Observatien*, une discussion assez ample & assez détaillée, de la matiere que je viens de toucher. Elle contient nombre de citationss, & fait connoitre par-là les Auteurs que l'on peut consulter au besoin.

§. DCXIV. (*i*) Il n'y a aucun doute, que si j'achete une chose, dont on ne compte l'achat fait, qu'après certains actes, ces actes ne doivent pré-

§. DCXVII. On dit qu'une chose est *évincée*, si quelqu'un, à cause du droit qu'il a sur elle, & qu'il ne peut exercer s'il ne l'a en son pouvoir, l'enleve au possesseur; si, par exemple, le maître revendique une chose, qu'on a achetée de celui qui n'étoit pas le maître (§. CCLXII.). *Dedomager pour l'éviction* *, c'est satisfaire un autre pour le dommage qui lui arrive, parce que la chose a été évincée. Comme tout possesseur est présumé maître, à moins qu'il n'y ait des raisons probables du contraire (§. CCCCLV.), & que par conséquent, l'acheteur contracte avec le vendeur, comme si c'étoit avec le maître, à moins qu'il ne sache qu'on lui vend la chose d'autrui; *dans l'achat, il y a cette condition tacite, qu'on dedomagera pour l'éviction*, „ ou qu'on garantit la possession de la chose vendue," donc *naturellement il n'est pas besoin, que cela soit promis expressement: on peut* cependant *renoncer au dedomagement pour l'éviction* (§. CCCXLII.). Comme celui qui, le sachant, achete une chose de celui qui n'est pas le maître, fait bien qu'il n'achete que la possession (§. DLXXXVIII.), & comme, par conséquent, il consent à courir les risques de l'éviction (§. DXCIII.); *celui qui vend la chose d'autrui, à quelqu'un qui le sait, n'est pas obligé de garantir la possession.* Comme l'on peut évincer le droit qu'on a sur une chose vendue, aussi bien

De l'éviction.

* præstare evictionem.

préceder avant qu'on puisse dire, que le marché soit conclu: il est évident encore, que le marché est en suspens, tant que ces actes n'ont pas précédé: il est également manifeste, que le péril de la chose reste tout ce temps-là à la charge du vendeur: mais il y a plus de difficulté à déterminer par la nature des marchandises, quels sont les actes qui doivent préceder, & dans quels cas ils doivent le faire. ULPIEN, par exemple, dit *l.* 1. *ff. de peric. & comm. rei vend.* que le vin demeure au risque du vendeur jusqu'à ce qu'il ait été goûté: *videlicet, quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum:* cela suppose, que je l'ai acheté uniquement sous la condition que je le goûterois, & que je déciderois s'il me convient. Il en est de même de toute autre marchandise, que l'on n'achete ordinairement qu'après l'avoir examinée. Cependant la regle tient plus de la condition, qu'elle ne dépend de la nature de la chose. Un Négociant d'*Amsterdam* mande à son ami de *Bourdeaux*, de lui envoyer dix barriques d'un certain vin que celui-ci lui offre. L'expédition se fait, sans que le vin ait été goûté, pour le compte de l'acheteur. Le vin arrive à *Amsterdam:* on lui trouve un défaut: sa qualité est diminuée de la moitié. On ne doutera point, que ce ne soit l'acheteur qui doive souffrir la perte; quoiqu'il n'ait pas goûté le vin avant qu'il fut arrivé à *Amsterdam*. Pourquoi? parce que l'achat a été consommé dès l'expédition faite; parce que l'acheteur s'en est rapporté au vendeur; & parce que le vin peut avoir contracté dans le trajet le vice qu'on lui trouve.

Supposons qu'un particulier entre dans la cave d'un Marchand de vin, qu'il en achete une partie de vin après l'avoir goûté, & que ce vin soit dabord livré en bouteilles: que le particulier trouve le lendemain, que ce vin a contracté un vice, est-ce le vendeur ou l'acheteur qui doit souffrir la perte? Il me paroît, que dans ce cas la perte ne doit pas être à la charge de l'acheteur, mais du vendeur. Pourquoi? parce qu'il est évident, que le vin, dans le temps qu'on l'achetoit, avoit un vice qui ne s'est manifesté, qu'après avoir été mis en bouteilles. Aussi n'y a-t-il aucun Marchand de vin, pour peu qu'il soit raisonnable, qui ne soit prêt de reprendre en ce cas le vin qu'il a livré. L'on voit par là, que l'examen d'une chose qu'on achete, n'est pas une circonstance qui doive toujours décider, si le péril de la chose vendue est aux risques du vendeur ou de l'acheteur. Il me paroît qu'il faut distinguer ici entre une détérioration qui survient à une marchandise par quelque vice inhérent, qui ne se manifeste pas toujours, & une détérioration qui survient par accident. Dans le premier cas elle doit être à la charge du vendeur, dans le second à celle de l'acheteur: un acheteur peut se tromper au goût; il ne goûte pas le vin pour y découvrir des vices, qui échappent souvent au goût; mais pour en connoître plus ou moins la qualité.

§. DCXVI. (*k*) Ce que l'Auteur dit au commencement de ce paragraphe est une conséquence de ce qu'il croit avoir établi dans le §. DXCVI. où il fait un renvoi au §. DLXXXVII. J'ai mis une note à ce dernier paragraphe que l'on peut consulter. La conclusion que notre Auteur tire de ses principes à la fin du present paragraphe est conforme au droit civil, comme on peut le voir *l.* 13. §. 20. *ff. de act. emt. l.* 5. *C. eod.*

bien que la chose-même, *le vendeur est* aussi *obligé de garantir la possession de quelque droit que ce soit, qu'un tiers a sur la chose.* Mais comme *le donateur*, donnant gratuitement (§. CCCCLXXV.), n'est censé avoir voulu transférer au donataire, que le droit qu'il a lui-même sur la chose, il *n'est pas obligé de dedomager pour l'éviction.* Il est purement de droit civil, qu'il faille dedomager pour l'éviction dans la donation remuneratoire, puisque le donataire n'y a pas un droit parfait (§. CCCCLXXXII.). (*l*)

Des défauts de la chose achetée. §. DCXVIII. On appelle *défaut* ou vice de la chose, une qualité accidentelle qui y est inhérente, & qui la rend moins propre à son usage. Comme les choses s'achetent à cause de l'usage qu'elles doivent avoir, & que, par conséquent, personne n'est présumé vouloir acheter des choses defectueuses; *le vendeur est obligé d'indiquer les défauts de la chose, qui ne tombent pas sous les sens, ou qui ne sont pas connus d'ailleurs;* par conséquent, *beaucoup moins doit-il travailler à les cacher, de peur qu'on ne les apperçoive.* Et comme un défaut peut s'évaluer, entant qu'il rend inepte à quelqu'usage une chose, qui y est propre par elle-même; *les défauts diminuent le prix de la chose:* & même *si le défaut rend la chose absolument inutile, il la rend de nul prix.* Et même encore, comme il faut éviter la fraude d'événement aussi bien que celle de dessein (§. CCLXXXVI.); *si la chose se trouve absolument inutile à cause de quelque défaut caché, il faut restituer le prix à l'acheteur; mais si elle peut avoir encore quelqu'usage, ou qu'on puisse réparer le dommage, de quelqu'autre maniere, il suffit de le reparer* (ibid.). Il paroit sans peine, que *les droits que peut avoir un tiers sur la chose achetée, doivent être comptés parmi les défauts.* (*m*)

Des arres. §. DCXIX. On appelle *arres* l'argent, ou la chose que l'un des contractants donne à l'autre, pour prouver & pour confirmer le contract. *On demande* donc *des arres, quand il importe beaucoup qu'on ne s'écarte pas du contract, on en offre* aussi *volontairement, quand on craint que l'autre ne remplisse pas le contract, ou qu'un contract qui n'est pas encore achevé, ne s'acheve pas.* Il paroît ainsi, que *le don des arres, est un contract, ou une convention particuliere, qui peut être jointe à toute espece de contract, & non pas seulement à la vente; & qui cependant ne change rien au contract auquel on la joint.* Cependant comme ce dont on est convenu, par rapport aux arres doit avoir lieu (§. CCCXLIII.); *si les arres se donnent comme partie du prix dû par le contract, elles y sont comptées; mais si elles sont données pour s'assurer qu'on remplira le contract, il faut les restituer quand il est rempli.* Par la même raison *si l'on donne des arres, à condition qu'elles seront comptées dans ce qui est dû par le contract; si celui qui les donne le remplit, mais qu'autrement celui qui les reçoit le gardera; en ce cas, si la convention ne se remplit pas, celui qui a reçu les arres, les gagne.* Cependant, comme celui qui les reçoit a consenti à la vérité, qu'il fut libre à celui qui les donne, de les perdre, ou de remplir le contract, mais que le but n'est pas,

§. DCXVII. (*l*) La condition particulière que l'Auteur suppose dans tout contract de vente, savoir, que le Vendeur répondra de l'éviction, est prise de l'idée du droit de reclame, sur lequel je me suis expliqué au § CCLXII. ——— Il n'y a que le Maître qui puisse aliéner son bien: il conserve le droit de le réclamer si ce bien a passé en d'autres mains sans son fait: ainsi un Vendeur, en tant que Vendeur, ne transfère point le domaine d'une chose, mais la possession toute seule: voilà comme notre Auteur raisonne. & comme les Jurisconsultes Romains ont considéré cette matière: de-là cette décision *l. 28. ff. de contrab. empt. Id in emptione & venditione agitur, ut emptor pretium solvat faciatque accipientis. Venditor vero præstet emptori rem habere licere; nec transferat rei venditæ dominium, sed ejus tantum vacuam possessionem tradat, & præstet illius evictionem,*

pas, que celui qui les reçoit ait la liberté de manquer au contract en les rendant; *celui qui reçoit les arres n'a pas le choix ou de les rendre, ou de remplir le contract.* Mais *si l'on convient, qu'au cas que l'un des deux contractants ne veuille pas remplir le contract, celui qui donne les arres, pourra y manquer en les perdant; mais que si c'est celui qui les reçoit qui y manque, il restituera le double*, puisque les contractants sont maîtres d'attacher ces conditions au contract (§. CCCLXXXV. CCCCXXXVIII.), & qu'il est permis de contracter sous quelque peine (§. CCCCX.); *naturellement le contract est censé fait de façon, qu'il puisse être révoqué, mais sous une peine pour celui qui le révoque.* Pareillement, *si l'on convient, qu'au cas que celui qui donne les arres, veuille manquer au contract, il les perdra; & qu'en même cas celui qui les reçoit restituera le double, sauf cependant le droit de celui qui voudra remplir le contract*, puisqu'alors c'est contracter, sous une peine pour celui qui voudra revenir en arriere, ou se dédire, *le contract subsiste avec la perte des arres, ou la restitution du double.* Il paroît au reste, qu'en ce cas on contracte plus fortement par le moyen des arres, que sans cela, puisqu'on introduit une plus grande obligation de le remplir (§. XXXV.). *Si l'on n'a fait aucune convention particuliere au sujet des arres*, puisqu'alors on les donne seulement comme une preuve du contract, & de la constance de la volonté où l'on est de le remplir; *il n'est pas permis de manquer au contract, en perdant les arres*, par conséquent, *quand le contract est rempli, ou, si l'on n'est plus à même de le remplir, après avoir dédommagé pour ce qu'il importe, qu'il n'ait pas été rempli* (§. CCCCXV.), *il faut rendre les arres, ou, si elles sont en argent, il faut les mettre sur le compte de ce qui est dû.* Enfin, comme je ne suis pas tenu de rien restituer, à celui qui manque à la convention, après en avoir déjà rempli une partie (§. CCCCXLIII.); *si l'acheteur, ayant déjà payé une partie du prix, ou ayant donné des arres, mais avant que la chose soit livrée, manque au contract, le vendeur, en y manquant à son tour, n'est pas tenu de rendre la portion du prix déjà payée, ni les arres qu'on lui a données.* (*n*)

§. DCXX. On appelle *contract de louage*, ou *location*, ou *bail*, un contract onéreux, par lequel on accorde un certain usage d'une chose, ou bien l'on fait un certain travail pour une certaine récompense. Le prix qu'on paie pour l'usage d'une chose, sur-tout d'une chose immeuble, s'appelle *loyer*; celui qui paie une récompense, soit pour l'usage d'une chose, soit pour quelque travail, s'appelle le *preneur* *, ou celui qui *prend à louage*; & celui qui accorde l'usage d'une chose, ou son travail pour un certain prix, s'appelle *bailleur* †, ou celui qui *donne à louage*. En particulier celui qui loue ou prend à louage une maison, s'appelle *locataire* *, celui qui prend un champ, s'appelle *fermier* †, celui qui prend quelque ouvrage à tâche, s'appelle *entrepreneur* *, qui est le même que le bailleur qui donne son travail, tel est, par exemple, un maçon qui se charge de vous bâtir une maison pour un certain prix. (*o*)

Contract de louage, ce que c'est, & de combien de sortes il y en a.

* conductor rei, conductor operarum.

† locator rei, locator operarum.

* inquilinus.

† colonus.

* redemtor.

§. DCXXI.

nem On peut, à mon avis, faire un raisonnement plus simple, & dire qu'un Contract de vente suppose, que le Vendeur remplira tous les points par lesquels le domaine sera assuré à l'Acheteur; que conséquemment il répondra aussi de l'éviction, en cas qu'elle ait lieu. Pour le prouver nous n'aurons qu'à nous servir des dernieres paroles du paragraphe suivant.

§. DCXVIII. (*m*) Ce que l'Acheteur enseigne dans ce paragraphe répond à ce que j'ai remarqué dans la note au §. DCXIV.

§. DCXIX. (*n*) „ Car les arrhes (dit JUSTINIEN *Instit. tit. du contr. d'Achat & de Vente*,) „ qui se donnent, ne servent qu'à prouver que „ le Contract d'achat & de vente est parfait."

§. DCXX. (*o*) La définition que notre Auteur donne du Contract de loyer répond pour le fonds à celles qu'en donnent communement les Inter-

 pré-

Quand le contract est achevé, & quelles obligations en naissent. §. DCXXI. Comme pour la perfection du contract de louage, il faut seulement que le bailleur promette d'accorder l'usage de la chose, ou de faire l'ouvrage pour une certaine récompense, & que le preneur promette de payer cette récompense (§. DCXX. CCCLXXX.); *aussitôt que le bailleur & le preneur sont convenus du prix, pour l'usage de la chose, ou pour l'ouvrage, le contract de louage est achevé; dès-lors le bailleur est obligé de faire l'ouvrage promis, ou de procurer l'usage de la chose,*

prêtes du Droit Romain : en y ajoutant que c'est un contract *bonæ fidei. consensu constans*; ces Interprêtes se conforment uniquement à la distinction que le Droit Romain fait entre les engagements qui, pour être valables au for civil, exigeoient certaines formalités, de ceux qui n'en exigeoient point, comme on peut le voir dans les Commentaires de Noodt, de Voet & d'autres. Le louage, dit notre Auteur, est un contract onéreux, par lequel on donne l'usage d'une chose, ou quelque service, pour une certaine recompense : il y a donc deux sortes de louage, dont l'une a pour objet l'usage d'une chose; l'autre le service : & ces deux sortes de louage ont ceci de commun, qu'elles tendent toutes deux à faire quelque chose pour une certaine recompense : l'une à donner l'usage; l'autre à donner le service : mais comme les deux actions, celle de donner l'usage & celle de donner le service sont très-différentes par leur nature, & qu'on peut prêter son service de plusieurs manières différentes, les Contracts de loyer sont sujets à des diversités & à des modifications, qu'on ne paroit pas avoir assez distinguées, & auxquelles il semble qu'on devroit faire plus d'attention. Notre Auteur, par exemple, nomme preneur à louage celui auquel on donne l'usage d'une chose, ou auquel on prête service, & qui en paie la recompense ou le salaire : mais suivant le Droit Romain ce n'est pas toujours celui qui paie qui est preneur à louage. Le célèbre Jurisconsulte Noodt en fait la remarque : dans les louages de services ou de travaux (dit-il) on ne sait quelquefois qui des contractants est le bailleur ou le preneur à louage, parce que c'est souvent le preneur à louage qui reçoit & qui donne le salaire : par exemple, ajoute-t-il, un maitre de Navire, donne son vaisseau à louage; il reçoit un salaire & est bailleur à louage : s'il prend des marchandises à bord pour les transporter, & reçoit un salaire il n'est plus bailleur mais preneur à louage : & au contraire le propriétaire des marchandises est dans le premier cas preneur à louage, dans le second cas bailleur à louage : quoiqu'il soit dans l'un & l'autre cas celui qui paie. Le célebre Jurisconsulte que je viens de citer, en conclut que pour pouvoir discerner lequel des deux contractants est le preneur ou le bailleur à louage, il faut considérer quel est celui par qui le contract commence : Heineccius en dit autant dans l'addition qu'il a faite à la note de Vinnius *ad Inst. tit. de loc. & cond.* Cependant le fondement sur lequel ces deux Auteurs veulent qu'on juge auquel des deux contractants convient le nom de bailleur, ou de preneur à louage, ne paroit guères solide. C'est par la nature du contract qu'il faut pouvoir discerner les qualités des contractants, & non par le temps des faits qui tiennent au contract ou qui y ont rapport. Notre Auteur semble mieux répondre à ce principe, lorsqu'il designe le preneur à louage par celui qui donne la recompense ou le salaire pour l'usage d'une chose ou la jouissance d'un service; & le bailleur à louage, par celui qui reçoit la recompense pour l'usage, qu'il donne d'une chose ou pour le service qu'il rend : cependant comme il s'éloigne par là en quelque façon du sens, que les Jurisconsultes Romains ont attaché aux mots *Locator* & *Conductor*, & comme il n'est pas à présumer que les Jurisconsultes Romains y aient fixé cette idée sans motif ou sans raison, il ne sera pas inutile d'examiner d'un peu plus près leur façon d'envisager ce sujet.

Il n'y a qu'à jetter un coup d'œil sur leurs décisions pour s'appercevoir, que selon leurs principes le caractère essentiel du bailleur à louage, est, qu'il donne ou bien l'usage d'une chose ou quelque chose à faire. Le maitre d'un navire en louant son navire à un Négociant, pour que celui-ci s'en serve pour le transport de ses marchandises donne l'usage de son vaisseau, & est par là bailleur à louage : si le Négociant lui donne des marchandises à transporter, c'est une action dont celui-ci se charge, & le Négociant est par là bailleur à louage : sur les mêmes principes le caractère du preneur à louage est essentiellement, qu'il accepte soit l'usage d'une chose, soit le service d'une personne, ou qu'il se charge d'un fait. Ainsi lorsque le Négociant loue un navire, il accepte l'usage d'une chose, conséquemment il est preneur à louage : si le maitre du navire se charge de transporter les marchandises; il se charge d'un fait, conséquemment il est preneur à louage. Celui qui donne à louage une maison, des chevaux, des voitures, est bailleur à louage, parce qu'il en donne l'usage, & de même un Domestique est bailleur à louage, parce qu'en se louant il engage l'usage de sa personne : celui qui engage quelqu'un pour lui faire quelqu'ouvrage, est bailleur à louage, parce qu'il charge celui-ci d'un fait, &c. Les remarques que

se, & par conséquent *de la rendre propre à l'usage, pour lequel on la loue; & le preneur est obligé d'en payer le prix convenu, quand même il n'auroit pu profiter de la chose, ou du travail du bailleur, pourvu cependant que celui-ci n'ait pas loué la chose, ou le travail à un autre*, puisqu'alors il auroit manqué lui-même au contract (§. CCCCXLII.), & que le preneur n'a causé au bailleur aucun dommage, qu'il faille réparer (§. CCLXIX. CCLXX.). (*p*)

§. DCXXII.

que j'ajouterai aux §§. suivans, feront voir qu'on a eu tort de négliger les différences & les distinctions que je viens de toucher, & qu'on a mal fait de ne pas considérer séparément les deux sortes de contracts de loyer; celui qui a pour objet l'usage d'une chose, & celui qui a pour objet le service d'une personne, & qu'il est très-important de bien distinguer ces deux sortes de contracts.

Prouvons en attendant que les Jurisconsultes Romains n'ont pas fait dépendre le caractère du bailleur ou du preneur à louage, de la situation dans laquelle le contractant se trouve soit pour payer soit pour recevoir le salaire; mais de la situation dans laquelle il est de donner une chose à l'usage du preneur, ou de lui prêter service, ou de se charger de quelque fait. Il n'y a aucune difficulté pour ceux qui donnent l'usage d'une chose: ils sont toujours nommés *Locatores*, bailleurs à louage: mais il s'agit de ceux qui donnent leurs travaux ou leur service. Au §. 9. de la *l.* 19. *ff. loc cond.* nous lisons: *Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat*, &c. & *l.* 22. §. 2. *ff. eod. Cum insulam ædificandam loco ut sua impensa conductor omnia faciat . . . . . locat enim artifex operam suam, id est, faciendi necessitatem*: & *l* 38. *eod. qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet.* Suivant ces passages celui qui donne son service ou ses travaux est bailleur à louage: *locat artifex operam suam*; mais en voici dans lesquels il semble que le contraire a lieu, *l.* 11. §. 3. *eod. Qui vinum de Campania transportandum conduxisset*, &c. *l.* 13. §. 1. *Si navicularius onus minturnas vehendum conduxerit.* &c. §. 3. *Si quis servum docendum conduxerit. l.* 19. §. 7. *Si quis mulierem vehendam navi conduxisset. l.* 25. §. 7. *Qui columnam transportandam conduxit.* De là on devroit, ce semble, conclure que les mots *Locator* & *Conductor* ont été employés indistinctement par les Jurisconsultes Romains dans les engagements, qui avoient pour but un loyer de service ou de fait: & que celui qui est dit donner son travail à louage, est également dit prendre à louage une chose à faire. *Nam qui operam locare dicitur, ille idem dicitur conducere opus faciendum: & ex contrario, qui operam dicitur conducere, idem dicitur locare aliquid faciendum, ut conductor operis idem sit operæ locator; & locator operis, idem operæ conductor.* Voilà du moins comme en parle VINNIUS dans ses Commentaires sur les *Institutes*. Ne précipitons rien. Peut-être les Jurisconsultes Romains ont-ils observé ici une distion, qu'on a peine à remarquer parce qu'elle est peu sensible. Ils ont nommé bailleur à louage le Négociant qui donne ses marchandises à un maitre de Navire pour en faire le transport; de même celui qui donne un Esclave en aprentissage: *l.* 11. §. 3. *l.* 13. §. 1. 3. *l.* 19. §. 7. *l.* 25. §. 7. *ff. loc. cond.* & ils ont nommé preneur à louage celui qui se charge du transport des effets; & de l'instruction d'un esclave, &c. S'ensuit-il de là qu'ils auroient toujours dû considérer comme preneur à louage, celui qui emploie le service d'un autre en lui payant un salaire? Qu'on fasse attention à la nature de ces engagements, & l'on verra une différence essentielle à observer entre deux personnes, qui employent leurs travaux pour autrui. Cette différence consiste en ce que, suivant la nature des cas, le risque de l'évenement est tantôt pour celui qui donne le service, tantôt pour celui qui le prend; & qu'en certains cas celui qui prête son service représente celui à qui il le rend, dans tout ce qu'il fait, ayant trait à son service; tandis qu'en d'autres cas, celui qui donne son travail, ne le représente point. Ainsi dans les cas de la *l* 13. §. 1. *ff. loc. cond. l.* 19. §. 7. *l.* 25. §. 7. celui qui se charge du transport d'un effet ne représente point dans cet acte le propriétaire de l'effet, comme un domestique représente la personne de son maitre dans tout ce qu'il fait relativement à son service. De même un ouvrier qui se met au service d'un Artiste, pour être employé à quelque ouvrage; ou indifferemment à tout à quoi il sera jugé propre, ne se charge pas de la réussite, comme le fait l'Artiste qui entreprend de construire un bâtiment, ou de faire, par exemple, un tableau, ou une statue, ou un instrument de Musique. Celui-ci se charge de l'évenement, & ne représente pas la personne qui lui a confié l'ouvrage: or ce sont ceux-ci que les Jurisconsultes Romains ont consideré comme preneurs à louage, tandis qu'ils ont regardé comme bailleurs à louage ceux, qui rendoient leur service dépendants de ceux, auxquels ils l'engageoient. *locat artifex operam suam, id est, faciendi necessitatem.*

§. DCXXI. (*p*) Le bailleur à louage est obligé (dit notre Auteur) de donner la chose louée, dans un état propre à l'usage pour lequel elle a été louée, ou de faire le service promis. Les Jurisconsultes Romains désignoient l'obligation de

De la chose louée, donnée à louage à un autre par le bailleur, & comment on doit user de la chose louée.

§. DCXXII. Comme *le bailleur* transfere au preneur le droit d'user *de la chose*, ainsi qu'on est convenu (§. DCXX.); il *ne peut lui-même s'en servir en attendant, pendant que le preneur ne s'en sert pas, & s'il la loue à un autre en attendant, le prix qu'on en donne, est dû au premier preneur*, puisque l'usage lui en appartient déjà, *& même*, par cette raison, *il ne peut la louer à un autre sans le consentement du preneur.* D'un autre côté, *celui-ci ne peut se servir de la chose autrement qu'on en est convenu, s'il le fait il commet un larcin d'usage* (§. CCLXIV.). Et même *s'il s'en sert autrement, ou s'il abuse de la chose, le bailleur peut rompre le contract* (§. CCCCXLII. DLXXXI.). (*q*)

§. DCXXIII.

donner la chose louée dans un état propre à l'usage pour lequel elle a été louée, par l'expression *ut frui liceat, ut usus præstetur.* Ulpien donne un exemple de la manière dont les choses louées doivent être remises; *l.* 19. §. 2. *ff. loc. cond. Illud nobis videndum est, si quis fundum locaverit: quæ soleat instrumenti nomine conductori præstare, quæque si non præstet, ex locato teneatur? Et est epistola Neratii ad Aristonem, dolia utique colono esse præstanda, & prælum & trapetum, instructa funibus: si minus, dominum instruere ea debere . . . . . Fiscos autem, quibus ad premendam oleam utimur, colonum sibi parare debere [Neratius scripsit:] quod si regulis olea prematur, & prælum, & suculam, & regulas, & tympanum, & trochleas, quibus relevatur prælum, dominum parare oportere. Item aënum, in quo olea calida aqua lavatur, ut cætera vasa olearia, dominum præstare oportere, sicuti dolia vinaria; [quæ] ad præsentem usum colonum picare oportebit.* Non seulement le bailleur à louage est-il tenu de donner la chose en tel état qu'elle soit propre à l'usage pour lequel elle a été louée, mais il doit aussi l'entretenir dans cet état; *Sed & prælum vitiatum dominum reficere debere.* Ulpien l'indique encore par un autre exemple, *l.* 15. §. 1. *ff. loc. cond.* & le Jurisconsulte Paul en donne aussi un *l.* 25. §. 1. & 2. *eod.* la *l.* 60. *cod.* en fournit un autre: mais ces exemples ne nous instruisent pas de la regle générale qu'il faut suivre ici.

Les cas peuvent si fort varier qu'on aura bien de la peine à trouver quelque principe fixe & déterminé. Je loue, par exemple, des chevaux, des chiens de chasse: je n'en puis avoir usage sans les nourrir. Est-ce à celui qui les donne ou à celui qui les prend à louage à les nourrir? Je loue une voiture pour quelques jours: si l'essieu, ou la roue se casse dans le voyage, aux dépens de qui se fera la réparation? on peut pousser cette demande jusqu'à la graisse, employée pour engraisser le dedans des roues: il en est de même des navires qu'on loue: à la charge de qui devront être portés les fraix de radoub, & tous les autres fraix, qu'il faut faire pour tenir le navire dans l'état qu'exige l'usage pour lequel on l'a loué? En général il faudroit répondre, que celui qui donne à louage consent à faire tous les fraix qu'exige l'usage auquel la chose louée est destinée, & que par là il consent à faire tous les fraix que l'entretien de la chose louée demande. Les principes de notre Auteur ne sont pas assez développés pour guider ici notre jugement; & malgré la fertilité du Droit Romain, nous n'y trouvons rien de décisif. Le Droit François nous parle de *grosses reparations*, de *reparations viageres*, & de *menues reparations*, & Mr. de Ferrieres nous apprend dans son Dictionnaire que les menues reparations sont à la charge du Locataire. Si les mots de *grosses*, *viageres* & *menues* designoient quelque chose de fixe, au lieu d'exprimer des relations, cette division pourroit servir à quelque chose: d'ailleurs on ne voit pas pourquoi les *reparations menues* doivent tomber à la charge du locataire, à moins qu'on ne le déduise de l'acte des contractants & des circonstances, qui peuvent manifester leur intention. L'usage pour l'ordinaire détermine quelque regle, mais non pas toujours si exactement qu'on ne se trouve souvent embarrassé.

Dans toutes sortes d'engagements c'est l'intention des Contractants qu'il faut chercher à saisir: les circonstances la manifestent ordinairement. On convient que le bailleur à louage est tenu de faire les reparations nécessaires à la chose louée, & qu'il la doit entretenir dans l'état qu'elle puisse servir au preneur à louage: mais il n'est pas toujours indifférent de quelle manière il faut qu'une reparation se fasse: par quel principe décidera-t-on, en cas de contestation sur cet article? Je n'en vois point d'autre que celui de consulter les circonstances du Contract lorsqu'il a été fait. Par exemple, après avoir vu une maison, je la prends à louage. Je dois être censé l'avoir louée sur la situation dans laquelle je l'ai vue. Supposons maintenant qu'un accident ruine une partie de la maison, il ne suffira pas qu'elle soit rebâtie de façon que je puisse y demeurer, mais il faudra qu'elle soit reparée de manière qu'elle réponde tant pour la commodité que pour l'élégance à l'état dans lequel je l'ai louée: or quoiqu'il ne soit pas possible de remettre par des reparations les

§. DCXXIII. Pareillement *le preneur ne peut exiger du bailleur d'autre travail que celui, dont on est convenu, ni l'exiger dans un autre temps, que dans le temps convenu* (§. CCCXVII.), *& le bailleur est également obligé de faire l'ouvrage dans le temps convenu* (§. CCCCXXXVIII.); *autrement il est tenu à ce qu'il importe, qu'il n'ait pas été fait alors* (§. CCCCXV.): & comme alors le bailleur manque au contract; *il est permis au preneur, s'il lui plait, de louer le travail d'un autre* (§. CCCCXLII.). (r) De l'ouvrage loué.

§. DCXXIV. Si le preneur loue à un autre la chose, ou le travail qu'on lui a loué, cela s'appelle *soulouage*. Comme le droit d'user de la chose, ou du travail, a été transféré au preneur (§. DCXX.), *il est permis de soulouer la chose pour le mê-* Du soulouage.

les choses précisément dans l'état dans lequel elles étoient avant la détérioration, on peut cependant en approcher par un équivalent. Dans tous les cas où il y a dispute entre le bailleur à louage & le preneur à louage, le parti le plus sûr pour un Juge paroit être de se demander à soi-même: le preneur à louage auroit-il loué la maison en cet état, ou non? peut-on supposer que l'intention du bailleur à louage & du preneur à louage ait été que les reparations se feroient ainsi?

§. DCXXII. (q) On peut voir des cas & des décisions, qui répondent à ce que l'Auteur enseigne ici, dans la *l.* 25. §§. 1. 2. 3. *&* 5. *ff. loc. cond. l.* 54. §. 1. *ff. eod. l.* 3. *C. de loc. cond. l.* 21. *eod.* Cependant l'obligation de mettre & de tenir une maison ou une terre à la disposition du preneur à louage, pour tout le temps que le bail a été fait, n'est pas généralement reçue. Il y a des endroits où le contract de loyer finit par la vente de la maison ou de la terre louée: il y en a d'autres dans lesquels on permet au maitre de rompre son engagement, s'il veut lui-même occuper sa maison ou sa terre, suivant la *l.* 3. *C. de loc. cond.* On peut consulter sur ces diversités, les Jurisconsultes qui en ont traité; & en particulier ceux qu'indique VINNIUS à la fin de son Commentaire sur le §. 6. *des Institutes de loc. & cond.* Ces différentes dispositions ont été faites suivant le plus ou moins d'utilité qu'on a cru trouver à observer plutôt telle regle que telle autre; & il faut avouer que les différentes situations & les différentes circonstances de la vie civile ne permettent pas que l'on suive par tout la même regle: il en est des vérités morales, comme des géométriques: il faut être très attentif à examiner si les sujets auxquels on les applique n'ont rien qui en empêche l'explication. La *l.* 9. *C. de loc. cond.* porte qu'un acheteur n'est pas tenu au bail d'un bien fonds donné à louage. Dans le §. 1. de la *l.* 25. *ff. loc. cond.* GAJUS veut que celui qui vend un bien fonds donné à louage ait soin que l'acheteur se charge du bail de loyer; sans quoi, dit-il, le preneur à louage a droit contre le bailleur: CASSIUS en diroit tout autant *l.* 32. *eod. V. Cod. L.* IV. *T.* LXV. *l.* 9. Il y a plus de raison dans cette disposition que dans celle qui permet au bailleur à louage de destituer le preneur de l'effet du contract, par la vente de la chose louée ou par l'usage qu'il en veut faire lui-même. Si vous avez loué une chose, dit notre Auteur, vous ne pouvez vous en servir vous-même, & en cas que vous la louiez à un autre vous devez en donner le prix à celui qui l'avoit louée: cette conclusion n'est pas juste: si le bailleur à louage donne à louage à un tiers la chose qu'il vous avoit louée, il est tenu de vous indemniser: & il ne lui suffiroit pas de vous ceder le prix que le second locataire en donneroit: les Jurisconsultes Romains l'ont bien remarqué *l.* 8. *ff. loc. cond.* Ce que l'Auteur ajoute à la fin de ce paragraphe resulte de la regle générale, que celui qui ne remplit pas son engagement donne le droit de s'en départir à celui qui avoit contracté avec lui. GAJUS le fait sentir par rapport au contract de louage. *l.* 25. §. 2.

§. DCXXIII. (r) Ce que l'Auteur enseigne dans ce paragraphe au sujet du service qu'on s'est engagé de prêter, est aussi relatif au louage de tout autre objet. Je loue un bien de campagne, ou une maison ou une voiture pour un certain temps; le bailleur à louage est tenu de m'en faire jouir tout le temps pour lequel je l'ai louée, sans quoi il est tenu de m'indemniser. On peut voir comment le Jurisconsulte PAUL raisonne sur ce sujet. *l.* 24. §§. 3. *&* 4. *ff. loc. cond.* l'exemple qu'ALFENUS rapporte dans la *l.* 30 *princ. &* §. 1. *eod.* celui que LABEO donne *l.* 60. *princ. eod.* la décision d'AFRICANUS *l.* 33. *in fin.* & ce qu'on lit *l.* 15. *C. de loc. & cond.* Cependant il est bon d'observer qu'en général il n'est pas si difficile de prouver qu'on doit être indemnisé, que de prouver en quoi l'indemnisation doit consister, & jusqu'à quel degré elle doit avoir lieu: ceci est même souvent si difficile, que l'on ne retire aucun fruit du droit que l'on a d'être indemnisé. Cette difficulté augmente même lorsqu'il faut examiner jusqu'à quel degré quelqu'un est en faute: le paragraphe DCXXXIII. nous donnera occasion d'approfondir cette matière.

§. DCXXIV.

même usage, pour lequel elle avoit été louée, ou le travail pour le même ouvrage, à moins qu'on n'en soit convenu autrement; parce qu'en ce cas, on a transféré le droit d'usage, sans transporter le pouvoir de sou-louer, & que le preneur n'a pas d'autre droit (§. CCCXVII.). (*s*)

Quelles choses on peut louer. §. DCXXV. Comme nous ne sommes pas tenus à faire ou à donner gratuitement quoique ce soit pour quelqu'un qui peut faire ou donner à son tour, & que dans le contract de louage, on ne donne que l'usage de la chose pour un prix, & non la chose-même, ce qui seroit la vendre (§. DLXXXVII.); *toutes les choses qui ne se consument pas par l'usage, soit corporelles, meubles ou immeubles, soit incorporelles, peuvent être données & prises à louage, aussi-bien que tous les travaux qui ne sont pas illicites*, parce que nous sommes indispensablement obligés à n'en pas faire d'illicites (§. XLIX. XLII.).

Si l'on peut donner une chose au lieu de prix. §. DCXXVI. Comme le prix des choses s'évalue en argent, & qu'ainsi il est indifférent qu'on donne de l'argent, ou une chose qui vaut tant d'argent, & que dans le contract de louage, on donne de l'argent pour l'usage d'une chose, ou pour un travail (§. DCXX.); *naturellement c'est un contract de louage, si pour l'usage d'une chose, ou pour un travail, l'on donne une certaine chose dont on convient;* par conséquent, *c'est encore un contract de louage, si l'on donne en partie de l'argent, & en partie des choses.* (*t*)

De la récompense dont on est convenu tacitement. §. DCXXVII. Puisqu'il faut payer le prix, dont on est convenu, pour l'usage de la chose, ou pour le travail (§. DCXX.); *si l'on n'a point parlé expressément de prix, les contractants sont censés avoir consenti tacitement au prix, qu'on donne communément pour un tel usage, ou pour un tel travail, ou au prix qu'avoit donné celui qui avoit*

§. DCXXIV. (*s*) Le raisonnement que notre Auteur fait dans ce paragraphe n'est pas si concluant qu'on pourroit bien se l'imaginer. Le droit d'user de la chose (dit-il) est transféré au locataire; donc le locataire peut le transférer à un autre. Cet argument suppose manifestement cette majeure-ci: Quiconque a droit à l'usage d'une chose, peut faire passer ce droit à un autre: mais cette majeure est-elle bien universellement vraie? L'usage est un objet relatif à celui qui en jouit; or les hommes étant si différents par rapport à l'usage qu'ils font des choses; le maitre ou le propriétaire ne peut jamais être indifférent sur ce sujet: conséquemment le contract de loyer suppose naturellement, que celui qui donne une chose à louage en accorde un usage relatif à la personne qui la prend à louage, & par conséquent que celui qui prend à louage en fera usage lui-même. Tous les jours nous voyons des exemples de la reflèxion que je viens de faire. Je loue une maison à *Titius* que je ne voudrois pas louer à *Cajus*, bien que *Cajus* m'en voulut donner quelque chose de plus que *Titius*. J'ai des voitures & des chevaux de louage: j'en louerai à *Sempronius*; j'en refuserai à *Mævius*. Ainsi à considérer le contract de loyer purement & simplement, le droit à l'usage d'une chose ne passe à celui qui prend à louage, qu'avec la condition que celui-ci en usera lui-même: conséquemment ce droit ne seroit point transmissible, à moins qu'il ne fut stipulé autrement. Le Droit Romain en a disposé autrement, au moins à en juger par les Interprêtes, qui veulent qu'un preneur à louage puisse à son tour relouer la chose louée: peut-être leur opinion n'est pas si bien fondée qu'ils se l'imaginent; du moins y a-t-il bien des pays où elle n'est pas reçue & où les idées, que je viens d'exposer, semblent avoir prévalu. Voyez GROTIUS *Introd. au Droit Holl. L.* III. *Ch.* XIX. §. 10. VOET *ad t. ff. loc. cond.* §. 5. & les Auteurs qu'on y trouve cités. La remarque que fait M. HUBER *ad t. ff. loc. cond.* §. 2. savoir, qu'il n'y a rien de plus ordinaire que de voir les grands Artistes en prendre d'autres, pour exécuter ce qu'ils se sont engagés de faire, ne me paroit pas fort juste: car en engageant un célebre Artiste pour l'exécution d'un ouvrage, j'entends qu'il fera lui-même ce qui dépend de son art, & de son industrie; mais je n'entends pas qu'il fera par lui-même ce qui n'est pas du ressort de son industrie ni de ses talents; & ce que par la nature de l'entreprise, il doit faire faire par d'autres.

§. DCXXVI. (*t*) On pourroit dire uniment, puisqu'il n'est pas de l'essence d'une recompense qu'elle soit en argent, le contract de loyer n'exige point que le prix du loyer soit fixé en argent. Ce-

avoit pris auparavant à louage. La même chose a lieu, *si l'on convient qu'on donnera un prix raisonnable, ou celui que d'autres donneront*, car alors *il faut donner le prix, que d'autres ont accoutumé de donner.* (*u*)

§. DCXXVIII. Comme l'on peut ajouter aussi au contract de louage des conventions telles que les contractants le jugeront à propos, aussi-bien que dans la vente (§. DCV.); *il faut tenir ce dont on est convenu dans les conventions ajoutées* (§. CCCCXXXVIII.). Telle est la convention, par laquelle on défend de soulouer (§. DCXXIV.); celle par laquelle on restreint l'usage de la chose; on convient de payer d'avance; on ajoute une clause commissoire, savoir, que le contract sera nul, si l'on ne paye le prix un certain jour, & qu'il sera permis de louer tout de suite à un autre; ou bien l'on convient, que le contract de louage sera rompu, ou qu'il cessera, si l'on vend la chose, ou qu'elle soit nécessaire à notre propre usage; car comme on ne peut ôter à quelqu'un, malgré lui, le droit qu'il a acquis par un contract (§. C.), naturellement un contract de louage, fait pour un certain temps, ne finit pas, lorsqu'on vend la chose avant ce temps, ou que le bailleur en a besoin. Mais il n'est pas besoin de parler en détail de toutes ces conventions particulieres. *Des conventions ajoutées.*

§. DCXXIX. Puisque *le bailleur* n'est obligé envers le preneur, qu'à lui procurer l'usage de la chose, comme on est convenu (§. DCXX.); *s'il* lui *procure une chose semblable, & également commode, sans qu'il en coute rien au preneur, il n'est pas injuste qu'il vende la chose, ou qu'il la lui ôte, pour s'en servir lui-même.* La même chose a lieu, *si celui qui ne peut faire l'ouvrage lui-même, substitue, pour le faire, un autre qui y est également propre.* (*x*) *Dans quel cas il est permis de vendre la chose louée, ou de faire faire le travail par un autre.*

§. DCXXX.

Cependant le Droit Romain a fait, à l'égard du contract de loyer la même distinction qu'il a faite à l'égard du contract d'achat. Voyez les Interprêtes.

§. DCXXVII. (*u*) La doctrine de notre Auteur n'est pas ici conforme au Droit Romain, qui exige que le prix de louage ou le salaire soit déterminé d'une maniere ou d'autre, comme on peut le voir *l. 25. princ. ff. loc. cond.* & au §. I. *des Instit. de loc. & cond.* On peut encore consulter si l'on veut les Interprêtes. Cependant comme la disposition du Droit Romain est ici plutôt relative à la nature du contract & à l'action qui en resultoit, qu'au droit que quelqu'un acquiert par le service qu'il rend à un autre, sans qu'on puisse supposer qu'il ait eu intention de le faire pour rien; & que dans un cas semblable un Jurisconsulte Romain n'auroit pas non plus nié, que celui à qui le service auroit été rendu ne dût recompenser celui dont il l'auroit reçu; & qu'il lui auroit donné l'*action utile* pour se faire payer de ses peines; la doctrine de notre Auteur differe de celle des Jurisconsultes Romains, plutôt pour la forme que pour le fonds. Le Préteur Romain en jugeant une pareille cause, auroit sûrement fait attention au service rendu, au salaire usité, & à ce en quoi on pourroit présumer que l'un & l'autre des contractants eussent consenti ou dû consentir.

§. DCXXIX. (*x*) Ce que l'Auteur avance dans ce paragraphe n'est pas sans difficulté: ainsi qu'un bailleur à louage fait attention à celui qui lui demande quelque chose à louer, de même celui qui prend à louage, le fait ordinairement en se déterminant sur les qualités qu'il croit remarquer dans la personne, ou dans la chose qu'il loue: de plus, le preneur à louage est seul juge compétent de l'usage pour lequel il loue une certaine chose; comment le bailleur à louage peut-il donc avoir le droit d'en substituer une autre? Il faut sur cette matiere, comme sur bien d'autres, examiner ce que demande l'équité, qui est toujours déterminée par les circonstances. Je donne à louage une maison que je crois de bonne foi m'appartenir: je suis évincé: je ne puis remplir mon engagement par rapport à cette maison: j'en présente une autre également bonne, commode & convenable au locataire, puis-je m'acquiter par-là? L'équité le veut, dit ULPIEN *l. 9. ff. loc. cond.* non pas que le preneur à louage fut obligé par là de prendre cette maison, s'il ne la jugeoit pas si convenable pour lui; mais l'offre du bailleur lui feroit perdre l'action de loyer qu'il auroit sans cela. Cette offre lui feroit-elle perdre également l'action, pour le dommage qu'il pourroit souffrir, en ce que le propriétaire se trouve hors d'état de lui donner l'usage de la maison louée?

D'un même travail loué à plusieurs.

§. DCXXX. *Si le bailleur peut être utile à plusieurs par le même travail*, puisqu'il peut promettre deux fois, ce qu'il peut faire deux fois (§. CCCCXXI.), & qu'il importe peu, qu'il le fasse par un seul acte, ou par deux différents, *il n'est pas douteux, qu'il ne puisse louer à un autre le travail qu'il vous a loué, & tirer de l'un & de l'autre le salaire entier.* Tel est, par exemple, le cas d'un courier, loué pour porter une lettre. Mais *si l'on loue le même travail à plusieurs conjointement*, comme alors ils ne représentent tous ensemble qu'un seul preneur, & que par conséquent, ils ne sont obligés, qu'à payer une seule fois le prix conjointement; *chaque preneur paye le prix pour sa portion, selon qu'ils en sont convenus entr'eux. Si l'on loue à deux le travail qu'on ne peut faire que pour un, il faut le faire pour le premier preneur* (ibid.). (*y*)

De la réconduction, & de la rénonciation à la location.

§. DCXXXI. *Si l'on loue une chose ou un travail, pour un certain temps, ce temps étant fini, le droit du preneur cesse, & le contract finit* (§. CCCXVII. CCCXVIII.); par conséquent, puisqu'on dit qu'*on rénonce au contract de louage*, si le bailleur signifie au preneur, ou le preneur au bailleur, qu'il ne veut plus être lié par le contract, passé un certain terme, *naturellement il n'est pas besoin de rénonciation, à moins qu'on n'en soit convenu expressément* (§. DCXXVIII.). C'est pourquoi, comme le renouvellement du louage d'une chose ou d'un travail, lorsque le temps du bail est fini, s'appelle *reconduction; la reconduction est un nouveau contract, entierement différent du premier*, par conséquent *on peut y ajouter telle convention que l'on veut, ou y mettre quelque condition différente des premieres.* Mais comme on peut aussi

louée? la même raison a lieu par rapport au loyer de service: si un maitre s'est engagé à me donner tels & tels ouvriers pour me faire un ouvrage, il n'a pas le droit d'en substituer un autre; non plus que celui dont j'aurois loué une voiture ou un navire, avec tels & tels de ses gens pour me conduire. Ce n'est que dans le cas de quelque accident, qui le mettroit dans l'impossibilité de me les donner qu'il pourroit être déchargé de l'obligation; sauf à moi de me contenter de ceux qui les remplaceroient ou de renoncer à l'engagement

§. DCXXX. (*y*) Ce que notre Auteur enseigne au commencement de ce paragraphe, paroit assez simple: cependant PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* V. *Ch.* VI. §. 4. trouve des reflexions à y faire.

§. DCXXXI. (*z*) La fin de ce paragraphe est conforme au Droit Romain. *Qui impleto tempore conductionis, remansit in conductione* (dit ULPIEN *l.* 13. §. 11. *ff. loc. cond.*) *non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare.* La *l.* 14. *eod.* contient une autre décision d'ULPIEN, dans laquelle il donne raison de son sentiment: *intelligitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare.* ULPIEN, comme l'on voit, raisonnoit en conséquence des mêmes principes dont notre Auteur se sert ici. Les Empereurs VALERIEN & GALLIEN s'expliquent encore de la même manière: *l.* 16. *C. de loc. cond. Sin autem tempus, in quo locatus fundus fuerat, sit exactum, & [in] eadem [locatione] conductor permanserit:* TACITO CONSENSU *eandem locationem una cum vinculo pignoris renovare videtur.*

§. DCXXXII. (*a*) On peut appliquer ce que notre Auteur enseigne dans ce paragraphe aux cas proposés *l.* 4. *ff. loc. cond. l.* 9. §. 1. *eod.*

§. DCXXXIII. (*b*) Dans la note au §. DCXXIII. j'ai remarqué qu'en général il n'est pas si difficile de prouver, que l'on doit être indemnisé que de prouver en quoi l'indemnisation doit consister, & jusqu'à quel degré elle doit avoir lieu. J'y ai ajouté que le paragraphe présent me donneroit lieu d'approfondir cette matière: je l'entreprends d'autant plus volontiers qu'elle est une des plus intéressantes pour la société civile, qu'on ne l'a pas traitée, ce me semble, avec cette exactitude qu'elle paroit mériter, & que tous les jours on se trouve dans le cas de prendre & de donner à louage.

Observons d'abord que quoique généralement parlant il soit vrai, que celui, qui cause du dommage à un autre, doit le lui bonifier, cette obligation cependant n'a lieu, sur-tout par rapport à des Contractants, que dans le cas où l'action, par laquelle le dommage est causé, peut & doit être imputée à celui qui cause le dommage; & où celui, auquel le dommage est causé, ne peut être reputé avoir consenti à l'acte ou à l'action dont le dommage est une suite, ainsi que je l'ai fait sentir dans ma note au §. DXX. Observons encore que les contracts de loyer, pris relativement tant au

aussi convenir tacitement (§. CCCCXXXIX.); il suit de-là, que *si, sans que le bailleur s'y oppose, le preneur se sert de la chose, au-delà du temps convenu, ou si l'on ne fait pas la rénonciation, dont on étoit convenu, la reconduction est censée faite tacitement sur le même pie qu'auparavant* (§. CCCCXLI.). (z)

§. DCXXXII. *Si la durée du contract est remise à la volonté de l'un des deux contractants, ou de tous les deux*, puisqu'en mourant on cesse de vouloir; *le contract de louage finit par la mort de celui, à la volonté de qui sa durée avoit été remise, &*, par conséquent, *dans le second cas, par la mort de l'un des deux.* Et comme personne ne peut, en donnant à louage, transférer à un autre plus de droit qu'il n'en a lui-même (§. CCLVIII.), *si le droit du bailleur sur la chose s'éteint, le bail finit.* (a) *De la location finie par la mort, ou par l'extinction du droit sur la chose.*

§. DCXXXIII. Puisqu'on loue au preneur l'usage de la chose (§. DCXX.), *le bailleur est tenu de consentir à la détérioration, sans laquelle on ne peut faire usage de la chose.* Mais *si par la malice ou la négligence du preneur, la chose est détériorée, ou absolument détruite, celui-ci est tenu à la réparation du dommage* (§. CCLXX.). Et comme le domaine reste au bailleur, & que l'usage est au preneur (§. DCXX.), *s'il arrive quelque dommage à la chose, par quelque accident qui n'a point été précédé d'aucune faute du preneur, c'est pour le compte du bailleur; si c'est à l'usage de la chose que le dommage arrive, c'est pour le compte du preneur, à moins qu'on ne soit convenu de remettre une partie du prix* (§. CCCXLII. DCXXVIII.). Mais *si l'accident ôte tout l'usage de la chose*, comme *le prix* se donne pour l'usage, il *doit être entierement remis.* (b) *Du dommage causé dans la chose, ou dans l'usage de la chose.*

§. DCXXXIV.

au service qu'à l'usage d'une chose, ne sont pas seulement très-différents par leur nature, mais que ceux de loyer d'usage & ceux de loyer de service, peuvent même varier infiniment par les différentes circonstances. Ainsi pour donner à mes réflexions toute la clarté possible, je parlerai en premier lieu du loyer qui a pour but de donner à quelqu'un l'usage d'une chose, j'examinerai ensuite celui qui a le service pour objet.

Le loyer d'usage est, comme on l'a vu, un contract par lequel on s'engage, d'une part à faire avoir l'usage d'une chose moyenant un certain prix; & de l'autre part à prendre cet usage pour un certain prix. Ce contract impose donc des devoirs & donne des droits mutuels & reciproques. Le devoir du bailleur est de faire enforte, que le preneur ait l'usage de la chose de telle façon que le preneur puisse s'en servir conformement au but pour lequel elle a été louée: le droit du preneur est, par opposition à ce devoir, d'obtenir cet usage & d'y être conservé: le devoir du preneur est de se servir de la chose louée, conformement au but pour lequel il l'a louée, & d'en payer la recompense; & le droit du bailleur, par opposition à ce devoir, est que le preneur n'en fasse point un autre usage, que celui pour lequel il l'a prise, & qu'il en paye la recompense ou le prix. Il s'agit maintenant de rechercher à quoi le bailleur & le preneur sont tenus, vis-à-vis l'un de l'autre, si le contract n'est pas rempli. Je commencerai par examiner le devoir du bailleur à louage, relativement au droit qui en resulte pour le preneur à louage; je passerai ensuite au devoir de celui-ci, pris relativement au droit qui en resulte pour le bailleur.

Le bailleur à louage est obligé de faire enforte que le preneur ait l'usage de la chose; de façon que celui-ci puisse s'en servir conformement au but pour lequel elle a été louée: conséquemment le bailleur doit faire enforte, 1. que le preneur soit mis en possession de cet usage: 2. qu'il y soit conservé. Quel droit en resulte-t-il pour le preneur, si de la part du bailleur le contract n'est pas rempli, soit en tout soit en partie? Pour resoudre cette question il faut faire attention, que le bailleur à louage peut être empêché de remplir son engagement, soit par des causes qui dépendent plus ou moins de lui, soit par des causes qui ne dépendent pas de lui absolument. Supposons donc en premier lieu, que quelque cas fortuit, quelque accident ait empêché le bailleur à louage de satisfaire à son engagement; quel devoir en resulte-t-il à son égard, & quel est le droit que le preneur acquiert par là. Si le preneur en souffre peut-il exiger un dédommagement? Le bailleur est-il tenu de le lui donner? Pour en juger il n'y a point d'autre moyen que de consulter la nature du contract, & la volonté présumée des contractants.

Jamais on ne peut présumer que les hommes veulent demeurer responsables des cas fortuits: ainsi on ne peut non plus le présumer dans les contracts; conséquemment on ne peut

 le

le faire relativement à un contract de loyer: partant on ne peut jamais supposer au bailleur à louage la volonté de repondre des cas fortuits. Or ne pouvant lui supposer cette volonté, les cas fortuits ne peuvent pas non plus lui être imputés; & par conséquent non plus le dommage que souffre un preneur à louage, de ce que ces cas fortuits lui ont fait manquer l'usage de la chose louée; donc le preneur n'en peut demander le dédommagement au bailleur. La conséquence que je viens de déduire ici de la volonté présumée du bailleur resulte également de celle du preneur; parce qu'on ne peut pas présumer, que celui-ci ait eu l'intention ou la volonté de tenir le bailleur responsable des accidens, qui ne dépendent pas de la prévoyance humaine. Je donne une maison à louer: je n'entends pas être engagé à satisfaire le locataire, si un incendie ou un tremblement de terre la detruit, & me destitue par là du moyen d'y satisfaire. Il s'ensuit donc de ce que je viens d'exposer, que, si des cas fortuits mettent un bailleur à louage hors d'état de satisfaire à son engagement, le contract doit être tenu pour non-fait; ou comme si de part & d'autre on y avoit renoncé: & il resulte de cette regle une conséquence qui ne souffre aucune difficulté, savoir que si une chose louée est détruite par accident ou par quelque cas fortuit, avant qu'elle aît été remise au preneur à louage, le bailleur n'est pas tenu d'indemniser le preneur, si celui-ci en souffre: les Jurisconsultes Romains l'ont aussi entendu ainsi, comme on peut le voir *l.* 15. § 2. *in fin. l.* 33. *l.* 34. & *l.* 35. *ff. loc. cond.* le cas fortuit mettant le bailleur hors d'état de remplir le contract, l'anulle par cela même, & par là toute obligation cesse de part & d'autre.

Mais si l'application de la regle, que j'ai énoncée ci-dessus, est manifeste dans les cas, où la chose louée n'a point été remise au preneur, elle n'est pas si facile à saisir pour les cas, dans lesquels le preneur a eu plus ou moins l'usage de la chose: elle n'est pas moins vraye cependant. En voici la preuve. Les contractants ne peuvent point, comme on l'a vu, être responsables des cas fortuits: donc si des cas fortuits font perdre l'usage de la chose, avant ou après que le preneur en a eu l'usage, le preneur ne peut jamais prétendre quelque dommagement: tout ce qui en resulte c'est que le cas fortuit dégage l'un & l'autre des contractants, sans donner au preneur à louage le droit d'exiger un dédommagement pour l'intérêt qu'il pourroit avoir à être conservé dans l'usage de la chose louée. Cette conséquence est encore d'accord avec les idées des Jurisconsultes Romains, comme on peut s'en convaincre en lisant les *l.* 19 §. 6. *l.* 30. *in princ.* §. 1. *ff. loc. cond.* & les exemples qu'on en trouve aussi dans les *ll.* 33. 34. & 35. *eod.* Allons plus loin.

Les cas fortuits peuvent faire perdre, soit une partie du fruit que l'on retire d'une chose, soit tout le fruit: ils peuvent ou détruire la chose tout-à-fait; ou la détériorer seulement de façon qu'on en puisse avoir plus ou moins l'usage. Tous ces cas demandent à être soigneusement distingués. Supposons donc qu'une chose louée vienne par accident à être détruite ou détériorée, de façon qu'elle ne puisse plus ni servir à l'usage destiné, ni être reparée convenablement, & qu'en même tems ce cas fortuit fasse perdre au preneur tout le fruit qu'il eut eu de l'usage sans cela: quel est le devoir du bailleur & le droit du preneur dans ce cas? Suivant la regle exprimée ci-dessus le cas fortuit anéantit le contract. De-là il s'ensuit que, puisqu'il ne peut être imputé au bailleur de n'avoir point conservé l'usage au preneur, ni à celui-ci d'avoir marqué le fruit de l'usage pour le temps qu'il en a joui, tout droit & toute obligation cessent de part & d'autre. Ainsi le preneur à louage sera déchargé de l'obligation de payer le loyer, comme le bailleur est déchargé de l'obligation de répondre de l'événement. Ce n'est donc pas proprement, ainsi que notre Auteur l'avance, parce que le loyer se paie pour l'usage, qu'on ne paie pas le loyer lorsqu'on perd par accident tout le fruit de l'usage; attendu qu'il s'ensuivroit de cette raison que tout accident qui empêcheroit plus ou moins l'usage, ou qui en feroit perdre plus ou moins le fruit, devroit decharger à proportion le preneur; mais c'est parce que le contract est détruit par l'accident, & par là en même temps de part & d'autre les droits & les obligations: d'où il resulte que de part & d'autre on n'est tenu au contract, qu'autant qu'on en a retiré du fruit: & ceci nous conduit naturellement à une distinction qu'il faut observer entre les choses, dont on retire du fruit à mesure qu'on en a l'usage, & celles dont on ne retire du fruit de l'usage, qu'après avoir eu cet usage pendant un certain temps. Par exemple, je donne une maison à louer; le preneur à louage y vient demeurer; après un certain temps elle s'écroule par un tremblement de terre, ou est détruite par un incendie. Durant le temps que le locataire l'a habitée il y a joui du fruit de l'usage, & le contract a eu son effet pendant ce temps-là: il n'y a donc point de raison qui puisse obliger le bailleur à ne pas exiger le prix du loyer pour ce temps. La *l.* 30. *ff. loc. cond.* nous en fournit un exemple dans la réponse du Jurisconsulte ALFENUS. *Respondit, si vitiatum ædificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus prædiorum locasset, quod ejus temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci, & tanti litem æstimari.* ULPIEN en propose un autre dans la *l.* 19. §. 6. *In exustis quoque ædibus ejus temporis* (dit le même ULPIEN *l.* 9. §. 1. *in fin. ff. eod.*) *quo ædificium stetit, mercedem præstandam rescripserunt.* Il parle d'un rescript d'*Antoine* & de *Severe*.

Voilà pour les cas dans lesquels on retire du fruit d'une chose à mesure qu'on en fait usage; mais en

en est-il de même de celles dont on ne retire le fruit de l'usage qu'après un certain temps? Celui qui me donne une chose à louage dont l'usage ne me donne du fruit qu'après un certain temps, & qui par là s'engage à me conserver cet usage, afin que je puisse retirer le fruit qui m'en doit naturellement revenir, peut bien ne pas être responsable du cas fortuit, qui l'empêche de remplir cet engagement: mais ce cas fortuit anéantissant à la fois le contract, avant que j'en aie retiré aucun fruit, il anéantit en même temps de part & d'autre toute obligation & tout droit. C'est là proprement la raison pourquoi il faut suivre la regle que le Jurisconsulte SERVIUS nous donne *l.* 15. §. 2. *omnem vim, cui resisti non potest, Dominus colono præstare debet*: c'est-à-dire, le bailleur à louage ne peut exiger le loyer de la chose louée, attendu que le preneur a été destitué de l'usage . . . . . . *ne supra damnum seminis [amissi] mercedes agri præstare cogatur*: comme si le Jurisconsulte disoit: à la vérité il a eu l'usage du champ, mais jusqu'à présent uniquement pour l'ensemencer: il ne pouvoit en retirer le fruit qu'après: & voudroit-on qu'en perdant sa semence il payât encore le loyer? Ce que je viens d'observer resout à mon avis naturellement la question, sur laquelle les Savans ont été partagés: savoir, si la perte de la semence doit tomber à la charge du bailleur ou du preneur à louage: car dès que les cas fortuits font cesser les droits & les obligations de part & d'autre, en faisant cesser les contracts, il en resulte que le preneur n'a pas plus de droit d'exiger qu'il soit indemnisé de la perte de ses travaux & de la semence qu'il a mise en terre, que le bailleur n'en a d'exiger le prix du loyer: d'ailleurs le bailleur n'ayant pas prétendu assurer l'usage de la chose contre l'effet des cas fortuits; on peut encore moins supposer qu'il ait voulu assurer au preneur le succès de ses travaux & la conservation de la semence, en dépit de tout évenement. Il n'y a rien dans le contract de loyer qui authorise cette opinion, & il y a lieu de s'étonner qu'HOTOMAN n'en ait pas senti l'inconséquence. Au reste dans tous les cas où on a retiré du fruit de la chose louée, & dont un cas fortuit fait perdre l'usage, il faut faire attention à ce qu'ULPIEN nous fait observer *l.* 15. §. 2. *Ubicunque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id* QUOD SUA INTEREST, *conductor consequitur, sed* MERCEDIS EXONERATIONEM *pro rata*: c'est sur ce pied qu'il faut expliquer la *l.* 8 *C. de loc. & cond.*

Jusqu'à présent nous avons supposé la chose entièrement détruite: mais s'il arrive par quelque cas fortuit, que la chose louée vienne à être mise hors d'état de pouvoir répondre à l'usage pour lequel elle a été louée, & qu'elle puisse y être remise en y faisant les reparations nécessaires, le contract demeure en son entier, dès que le bailleur à louage en fait les reparations: car la nature de ce contract ne permet pas de présumer, que les contractants aient voulu que pour quelque détriment, qui surviendroit à une chose louée & qui seroit reparable, le contract fut rompu; la nature de ce contract suppose, que les choses louées peuvent souffrir par des accidents, & que le bailleur à louage fera dans ce cas-là les reparations nécessaires: le contract subsiste tant que ces reparations peuvent avoir lieu; mais comme le preneur perd alors plus ou moins le fruit de l'usage qu'il en eut retiré, il a droit d'exiger que plus ou moins il retranche du prix de loyer: ceci a lieu tant par raport aux choses, dont on retire du fruit à mesure qu'on en a l'usage, que par rapport à celles dont on ne retire le fruit qu'après un certain temps: cette conséquence est conforme à la disposition du Droit Romain, comme on peut le voir *l.* 15. §. 3. *ff. loc. cond. l.* 25. §. 2. *eod. l.* 8. *C. de loc. cond.* Remarquons encore, que dans tout contract de loyer, qui a pour but l'usage de la chose, les contractants savent que la chose louée peut être détériorée plus ou moins, & même de manière que ce que le preneur en souffre dans l'usage est peu ou point sensible, & qu'ils savent aussi que toute reparation exige du temps, durant lequel le preneur à louage ne peut en avoir l'usage comme il l'auroit eu sans cela; qu'on ne peut par conséquent leur supposer l'intention ou la volonté, que le preneur à louage auroit droit de faire des retranchements de loyer, pour la moindre incommodité qu'il souffriroit, ou pour le moindre défaut qu'il auroit dans l'usage; d'où il s'ensuit que le preneur à louage ne peut exiger de remission ou de diminution, que dans les cas où suivant la nature des circonstances le dommage seroit de quelque importance: c'est pour cela que GAJUS dit très-bien; *Vis Major, quam Græci* θεοῦ βίαν, *id est, vim divinam appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam* TOLERABILE *est, læsi fuerint fructus: alioquin modicum damnum æquo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur*: à la vérité le mot *tolerabile* ne fixe rien & n'exprime qu'une idée relative: mais il n'y a pas moyen de donner des déterminations précises là, où la nature des faits ne le permet & ne l'admet pas. La vie sociale n'admet point par tout une égale justesse: la moindre différence de situation d'un homme à l'égard d'un autre homme peut mettre une différence entre leurs devoirs & leurs droits reciproques: quand la nature des faits ne nous permet point de tout déterminer avec la dernière précision, nous devons chercher des regles qui en approchent le plus, & qui puissent servir à guider le jugement, pour pouvoir décider suivant les circonstances *ex bono & æquo*, comme parloient les Jurisconsultes Romains: c'est d'après ce *bonum & æquum* qu'ALFENUS a dit: *Habitatores non, si paullo minus commode aliqua parte cœnaculi uterentur, [statim] deductionem ex mercede facere oportet: ex* enim

enim conditione habitatorem esse, dit-il, & par là il fait sentir qu'il faut toujours faire attention à la nature du contract, & à la volonté présumée ou tacite des Contractants, pour fixer dans le doute jusques où vont leurs devoirs & leurs droits, *ut si quid transversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulum incommodi sustineret; non ita tamen, ut eam partem cœnaculi dominus aperuisset, in qua magnam partem usus habitator haberet. l. 27. princ. ff. loc. cond.* Enfin on peut dire avec le judicieux NOODT *summa omnium est: ut locator, si per eum stet, quo minus conductori præstet frui licere, culpæ nomine teneatur ad id quod ejus interest, hoc esse præstitum: sed si aliqua vi externa cui resistere non possit, prohibeatur; jam, quia nulla ejus culpa est, duntaxat teneatur ad restitutionem mercedis, aut ejus exonerationem: ad t. ff. loc. cond.* T. II. p. 333. Ed. de Leide, 1760.

Après avoir examiné l'influence des cas fortuits sur le devoir du bailleur, relativement au droit qui en resulte pour le preneur, il ne sera pas difficile de faire voir quel effet cette influence produit sur le devoir du preneur, relativement au droit qui en resulte pour le bailleur. Le devoir du preneur est de se servir de la chose louée conformement au but, pour lequel elle lui a été remise & de payer le prix du loyer: or puisqu'on ne peut avoir l'usage d'une chose, sans que cette chose ne soit plus ou moins à notre disposition & en notre pouvoir, & même en quelque façon à notre discrétion, il s'ensuit que celui qui prend une chose à louage, s'oblige non-seulement à n'en point faire d'autre usage, que celui pour lequel elle lui a été remise, mais aussi à ne rien faire qui puisse détériorer la chose au de-là de ce qui peut resulter naturellement de l'usage même: d'où il s'ensuit encore qu'il est obligé de ne rien omettre de ce qu'exige la conservation de la chose louée. Ces conséquences resultent, comme l'on voit de la nature même du contract de loyer. Elles n'ont pas échappé aux Jurisconsultes Romains: *Conductor*, dit GAJUS *l. 25. §. 3. loc. cond. omnia secundum legem conductionis facere debet.* Un preneur à louage doit non-seulement remplir les conditions du contract; mais il doit aussi en remplir les vues & l'intention. JUSTINIEN le prescrit *§. Inst. de loc. cond. Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet: & si quid in lege prætermissum fuerit id ex bono & æquo præstare.* Si je donne un champ à louage, je ne puis être présumé l'avoir loué en laissant au preneur la liberté de le laisser inculte: voilà pourquoi GAJUS ajoute, *& ante omnia colonus curare debet, ut opera rustica suo quoque tempore faciat, ne intempestiva cultura deteriorem fundum faceret. præterea villarum curam agere debet ut eas incorruptas habeat.* L'obligation du preneur à louage va plus loin encore: j'ai déjà remarqué que je ne peux avoir l'usage d'une chose, sans que sa conservation dépende plus ou moins de moi; & qu'ainsi dans tout contract de loyer, par lequel on prend l'usage d'une chose, on se charge plus ou moins du soin qu'exige la conservation de la chose louée: il s'ensuit de-là qu'un preneur à louage est responsable des détériorations causées par ses domestiques, ou par ceux qu'il a admis dans la maison, & qu'il est obligé de faire raccommoder les instruments, qui auront été détériorés par sa faute; tandis que c'est au bailleur à louage de les faire raccommoder, si c'est par un usage naturel, qu'ils ont contracté quelque vice: conséquences qu'on trouve indiquées dans le Droit Romain *l. 11. ff. loc. cond. l. 19. §. 2. eod. Item*, dit ULPIEN *l. 11. §. 2. eod. prospicere debet conductor, ne aliquo vel jus rei, vel corpus deterius faciat vel fieri patiatur*; & le même ULPIEN rapporte *l. 13. §. 3.* un exemple, qui fait sentir l'obligation de ne pas user de la chose louée autrement que n'a été le but du contract.

Tel est le devoir du preneur à louage: si des cas fortuits l'empêchent de le remplir, en sera-t-il responsable? Les mêmes raisons alleguées ci-dessus, par rapport au bailleur, parlent en faveur du preneur. Il n'y a pas plus de raison pour l'un que pour l'autre: ainsi dans tout événement qui n'a pas dépendu du preneur à louage, le dommage qui survient à la chose louée ne peut venir à sa charge. La disposition du Droit Romain admet cette vérité: on peut s'en convaincre en lisant la *l. 9. §. 3. & 4. loc. cond.*

Voici une autre question: supposez que le cas fortuit ne tombe pas sur la chose louée, mais uniquement sur le fruit qui resulte de l'usage: à la charge de qui sera la perte? D'un côté on ne peut pas dire, que celui qui donne à louage se charge d'en faire avoir l'usage, malgré tous les cas fortuits qui peuvent l'en empêcher; & d'un autre côté on ne peut pas dire que celui, qui prend à louage, se charge d'en payer le loyer, malgré tous les cas fortuits qui pourroient le destituer de l'usage: le loyer se paie pour l'usage, dit notre Auteur, conséquemment si un cas fortuit ôte tout l'usage, le loyer doit être remis: si cette raison est bonne relativement au tout, elle est bonne aussi relativement à la partie. Par conséquent, ayant loué une maison qu'un tremblement de terre ou quelqu'autre accident detruiroit, je serois obligé d'en payer l'usage pour le tems que je l'aurois eue, & de son côté le bailleur seroit dégagé de l'obligation de m'en faire avoir l'usage: cependant comme il est des cas dans lesquels on pourroit admettre cette conséquence, il en est d'autres qui ne le souffriroient point. J'ai déjà fait sentir, que la raison de notre Auteur n'est pas des plus concluantes: celle du Jurisconsulte SERVIUS ne l'est guères davantage. Ni l'une ni l'autre ne suffit pour nous guider dans la décision des différents cas qui peuvent se présenter.

Je suppose un Négociant qui ayant reçu une quantité

tité de marchandises loue un magazin pour les y placer; je suppose que ces marchandises viennent à périr par quelque accident avant qu'il les ait mises dans le magazin: je suppose encore que cet accident mette le Négociant dans le cas de ne pouvoir faire usage du magazin: faudra-t-il cependant qu'il en paye le loyer? Selon la raison qu'en donne notre Auteur & celle de SERVIUS il faudroit dire non: mais à considérer la nature du contract il paroit qu'il faudroit dire oui; parce qu'on ne peut pas présumer que le bailleur ait jamais voulu se charger de l'impossibilité dans laquelle le preneur pourroit se trouver de faire usage du magazin, n'ayant même pas pû juger des circonstances dans lesquelles le preneur se trouvoit, ni des vues qu'il pouvoit avoir: il en feroit de même supposé que les marchandises eussent été mises au magazin, & qu'elles y eussent été détruites. On observera sur cette remarque, & ce sera avec raison, qu'en parlant de la perte de l'usage on parle de cette perte relativement à la chose louée, non pas relativement aux circonstances du preneur: c'est-à-dire, qu'il faut que ce qui prive le preneur de l'usage de la chose vienne de la chose même; & c'est-là, dira-t-on peut-être, la raison pourquoi celui qui loue un magazin doit en payer le loyer, bien qu'un cas fortuit l'empêche d'en faire usage. Je le veux: mais ceci supposé nous revenons aux cas que j'ai examinés ci-dessus: & la vie sociale en fournit une infinité d'autres, comme on peut le voir par ceux qui sont proposés dans les Pandectes, en particulier dans la *l.* 15. *loc. cond.* J'ai loué une terre; je l'ai labourée, ensémencée; la recolte est sur le point d'être faite: une inondation, une pluie extraordinaire, ou bien un orage m'en prive, soit en tout, soit en partie: la terre n'a rien souffert: le dégât n'est tombé que sur les fruits: le Colon doit-il payer le loyer? Je réponds que non: pourquoi? par une raison qui resulte de la nature du contract & sur laquelle j'ai appuyé ci-dessus: parce que le preneur à louage n'a point été conservé dans l'usage de la chose louée, suivant la nature du contract: *oportet enim*, dit ULPIEN *l.* 15. §. 2. *in fin. ff. loc. cond. agrum præstari conductori, ut frui possit.* Tout contract de loyer suppose essentiellement que le preneur à louage jouïra de la chose louée & restera dans la jouissance, pour en retirer le fruit qu'il s'est proposé d'en retirer: c'est cette possession non altérée que le bailleur doit lui faire avoir & dans laquelle il doit l'entretenir: on peut y ajouter que l'inondation, étant tombée sur la terre & ayant par là détruit la semence, a mis la terre hors d'état de faire croitre la semence; & cette même raison a lieu relativement à la sterilité, enfin à tous les desastres que les Romains nommoient *vis major*: il n'en est pas ainsi d'un magazin: à qui que ce fut que la terre eut été louée, l'inondation, la sterilité & les desastres, dont nous parlons ici, auroient toujours destitué le preneur à louage du fruit qu'il pouvoit espérer de l'usage; là où le magazin ayant été loué à un autre, l'usage n'en auroit peut-être pas été perdu pour le preneur. Au reste quand on parle des cas fortuits on désigne ces évenements que la prévoyance & l'industrie des hommes ne peuvent prévenir ni éviter.

Ayant examiné les devoirs & les droits mutuels du bailleur & du preneur à louage relativement aux causes qui peuvent les empêcher de remplir leur engagement, entant que ces causes n'ont pas dépendu d'eux, je passe maintenant aux cas dans lesquels ces causes ont dépendu plus ou moins d'eux; & je suivrai la même marche que j'ai observée par raport aux cas fortuits: je parlerai premièrement du devoir du bailleur relativement au droit qui en resulte pour le preneur; & ensuite du droit de celui-ci relativement au droit de l'autre.

Il n'est pas douteux que si un bailleur ne satisfait pas à l'engagement qu'il a contracté, sans en être empêché par quelque accident ou cas fortuit, qui n'ait pas dépendu de lui, il ne doive indemniser le preneur à louage: c'est un devoir incontestable qui resulte de la loi la plus universelle, celle de ne faire tort à qui que ce soit & de reparer le dommage causé: il ne faut pas non plus une grande pénétration pour sentir, que dans le cas que l'un des Contractants ne remplit pas son engagement, l'autre peut tenir le contract pour annullé: car si le cas fortuit produit cet effet en faveur du bailleur & du preneur, le fait de l'un ou de l'autre doit le produire, bien plus efficacement en faveur de celui qui y est lésé, si celui-ci le veut tenir pour annullé: à cet égard la matiere que nous traitons ne souffre aucune difficulté. Mais il y en a à déterminer quels sont les accidents qui doivent être reputés cas fortuits, par rapport au bailleur, & ceux qui doivent lui être imputés, comme ayant dépendu de lui plus ou moins; & c'est ici qu'on doit se rappeller ce que j'ai dit au sujet de la division des fautes, en grossière, legere & très-legere. Je donne une maison à louer; un orage en enlève les toits; gâte en partie les marchandises qui sont au magazin: si le toit a été à tous égards bien fait; s'il n'y a rien manqué; le dommage causé aux marchandises ne peut venir à ma charge, c'est un cas fortuit: mais si l'on m'a fait avertir que le toict n'étoit pas assuré, qu'il y manquoit quelque chose, & que je ne me sois pas pressé d'y faire remédier: si j'ai donné des ordres pour la reparation, & qu'on ne les ait pas suivis, ou qu'on les ait mal-exécutés, serai-je responsable de l'évenement? La moindre négligence, la moindre méprise ou inadvertence imposera-t-elle au bailleur le devoir d'indemniser le preneur? Qu'on réflechisse à la nature du Contract; celui qui donne une chose à louage doit en premier lieu savoir, si ce qu'il donne est propre à

à satisfaire au but pour lequel il le donne; en second lieu il doit connoitre quels sont ses moyens, & savoir, s'il est en état de remettre & de conserver la chose, de maniere qu'elle réponde à l'usage auquel elle est destinée; & comme le bailleur ne peut être tenu responsable des cas fortuits, parce qu'il ne peut pas juger de ceux qui pourront survenir, & qu'il ne les a pas en son pouvoir, tout ce qui n'est pas cas fortuit doit lui être imputé, parce qu'en donnant à louage, il s'annonce comme propre à en remplir l'engagement. De-là il s'ensuit qu'il est responsable même de la faute la plus legere. Le Droit Romain nous en fournit un exemple dans la *l.* 19. §. 1. *ff. loc. cond.* on en trouve un autre dans la *l.* 9. *ff. princ. eod.* Cependant cette même *l.* 19. §. 1. propose un autre exemple, dont on pourroit conclure le contraire, du moins en suivant le raisonnement de Mr. NOODT. Il s'agit d'un endroit à paitre, *saltus:* & le cas est opposé à celui du louage de vases ou de tonneaux. Si ceux-ci ne font pas comme ils doivent l'être, le bailleur est tenu d'indemniser le preneur; tout autrement, dit le Jurisconsulte, que si vous aviez donné à louage un endroit à paitre, où il y auroit eu de la mauvaise herbe: car dans ce cas, si les bêtes du preneur en eussent souffert ou en fussent mortes, vous feriez tenu à l'indemniser, si vous l'aviez su: si vous l'aviez ignoré, vous ne devriez pas demander le prix de loyer. Mr. NOODT cherche la différence de ces deux décisions, & la trouve en ceci; favoir que celui qui donne à louage des vases ou des tonneaux, les donne comme propres à contenir le corps liquide qu'on y veut mettre, & semble l'affirmer tacitement; là où celui qui donne à louage un endroit à paitre des animaux, ne le loue pas de façon qu'il affirme qu'il n'y a point de mauvaise herbe. Pour moi, je ne vois pas pourquoi celui qui loue une prairie ou un champ est moins obligé de le connoitre, & de savoir qu'il n'y a point d'herbes dangereuses, que celui qui donne des vases ou des tonneaux à louage, de savoir qu'il n'y manque rien. Aussi suis-je très persuadé, que ce que le Jurisconsulte dit ici, par rapport aux *saltus*, ne doit pas être entendu de ces sortes d'endroits, qui sont sujets à porter de la mauvaise herbe, mais uniquement des endroits à paitre, dans lesquels la mauvaise herbe a pû subitement croître & se répandre: quoiqu'il en soit, ces deux cas ainsi opposés l'un à l'autre, confirment ce que j'ai observé plus d'une fois, savoir que la moindre circonstance peut faire varier le fondement sur lequel la décision doit être portée; & qu'il est très-dangereux de former des regles générales sur des cas particuliers. Supposons, par exemple, un homme qui ayant acquis une prairie, la garde quelques années sans y avoir fait paitre: supposons qu'il n'a pas même été tenté d'examiner, si elle est propre à cet usage, qu'il la donne cependant à louage pour y faire paitre du bêtail; & qu'il se trouve qu'il y croit quelque herbe mortelle, soit pour les Vaches, soit pour les Brebis ou autres Animaux. Pourquoi cet homme sera-t-il plus excusable d'avoir ignoré l'état de sa prairie, que celui qui donne des vases à louage d'avoir ignoré l'état des vases. Si l'on dit que le maitre de la prairie n'a pû absolument découvrir ce défaut, je demanderai s'il n'a pû faire l'épreuve de son champ, tout comme un marchand fait l'épreuve des vases: a-t-il fait l'épreuve & l'herbe y est-elle venue après cela; c'est alors un cas fortuit: & je mettrois ce cas fortuit de niveau avec celui, dans lequel il surviendroit quelque accident aux vases, ou aux tonneaux après les avoir essayés. Par exemple, je loue à quelqu'un quelques vases ou tonneaux: avant de les lui remettre je les essaie: je n'y trouve aucun vice. Celui à qui je les ai loués en fait usage tout de suite: un des tonneaux se trouve avoir un défaut, qui lui a fait perdre ce qu'il y avoit mis. Suis-je obligé à l'indemniser? si l'on prend le cas proposé *l.* 19. §. 1. *ff. loc. cond.* pour une regle générale il faut dire oui; pour moi je n'hésiterois pas à répondre non; parce que ce qui arrive après qu'on a employé tout ce que la prudence humaine prescrit, doit être reputé cas fortuit. Qu'on me permette de remarquer à cette occasion-ci, que quoique le Droit Romain soit très-fertile à proposer des cas, il ne l'est pas assez sur plusieurs matieres pour nous conduire à des principes généraux, & qu'on est continuellement exposé à broncher, si l'on se hâte de former des conclusions générales sur les cas particuliers, & les décisions particulieres qui y sont exposés. Je m'étonne aussi que le célebre NOODT, qui est si précis, si judicieux, & si exact à indiquer les différents degrés d'imputation, dans les cas où l'on en pourroit douter, n'ait rien dit du dégré de faute dont le bailleur à louage est responsable; & je m'en étonne d'autant plus qu'il n'a pas omis de le faire relativement au preneur à louage. De ce que je viens de dire par rapport au bailleur, il s'ensuit, que si le dommage que le preneur à louage souffre par l'usage de la chose louée, peut & doit être imputé au bailleur, non seulement le bailleur perd le prix de la chose louée, mais il est aussi tenu de dédommager le preneur à louage pour la perte que celui-ci souffre, & l'intérêt qu'il avoit de pouvoir se servir de la chose louée.

Je passe maintenant au devoir du preneur à louage, pris relativement au droit qui en résulte pour le bailleur: nous avons vû à quoi il est obligé par rapport à l'usage de la chose louée; & qu'il n'est pas responsable des cas fortuits, qui pourroient l'empêcher de remplir son engagement. Il s'agit à présent de considérer les cas dans lesquels il manque à son engagement par des causes, qui dépendent plus ou moins de lui; si, de propos délibéré, j'endommage la cho-

chose prise à louage, il n'est pas douteux que je ne doive reparer le dommage: le preneur à louage n'a aucun titre qui l'exempte de cette loi générale: mais jusqu'à quel dégré est-il responsable de sa faute? Notre Auteur prétendra que toute faute, quelle qu'elle soit, lui impose le devoir du dédommagement. Consultons la nature du contract. Elle m'indique que celui qui donne à louage ne peut alleguer aucun fondement qui lui donne lieu de prétendre, que celui qui prend à louage en aît plus de soin, qu'un homme reglé n'en prend ordinairement de ses propres affaires. Qu'on considere la situation de celui qui donne & de celui qui prend à louage dans le temps qu'ils font leur engagement, & qu'on juge si l'on peut supposer à celui qui donne à louage l'idée ou la persuasion, que le preneur en aura plus de soin qu'il n'en a ordinairement de ses propres affaires: & si l'on peut supposer à celui qui prend à louage l'intention de s'en servir, avec plus de soin qu'il n'en donne à ses propres affaires, ou qu'il devroit y donner suivant les devoirs qu'on se doit à soi-même. On n'a qu'à se représenter cette situation des contractants pour se convaincre, que dans les contracts de louage où il s'agit purement de l'usage des choses louées, un preneur n'est tenu que de la faute grossière & legère, & non pas de la très-legère: ainsi que l'obligation du bailleur est à cet égard plus étendue que celle du preneur. ULPIEN, par exemple, dans la *l.* 11. *ff. loc. cond.* rend les preneurs à louage responsables des fautes de leurs domestiques, & de ceux qu'ils ont admis dans la maison: *si tamen culpam in inducendis admittit quod tales habuerit vel suos vel hospites:* c'est-à-dire, si les preneurs à louage ont été trop négligents, trop inattentifs, ou trop peu soigneux à connoître ceux qu'ils ont admis à leur service ou dans leur maison: s'il condamne celui qui auroit fait du feu contre la loi du contract, bien que ce feu eût produit l'incendie par pur accident; c'est parce que le preneur à louage a sû ou dû savoir, qu'il ne devoit rien faire contre la teneur du contract. Il en est de même du cas proposé *l.* 11. §. 4. *eod.* ainsi que du cas proposé *l.* 30. §. 2. *eod.*

Ici se présente une question très délicate: savoir, si en tout cas un preneur à louage est responsable du dommage causé à la chose louée par inimitié contre lui. On sera tenté de répondre affirmativement, si l'on prend pour une décision générale, ce que nous trouvons dans la *l* 25. §. 4. *loc. cond. culpæ autem*, dit GAJUS, *illud adnumeratur, si propter inimicitias ejus vicinus arbores exciderit.* Voyons cependant s'il ne faut pas plutôt limiter cette décision à des cas particuliers, que de l'admettre généralement. La raison pourquoi l'on doit mettre sur le compte du preneur à louage le dommage, causé à la chose louée par inimitié contre lui, s'il a donné lieu à cette inimitié, c'est-à-dire, s'il a incité celui qui cause le dommage à se porter à cet excès, est toute simple: c'est parce qu'en ce cas l'action de celui qui cause du dommage doit lui être imputée: *culpæ ipsius illud adnumeratur*, comme s'exprime le Jurisconsulte GAJUS. Mais si le preneur à louage n'a pas donné lieu à cette inimitié, s'il n'a rien fait qui aît pu inciter celui qui a causé le dommage, à commettre cet excès, & si avec tout cela celui qui le commet le fait par haine & animosité contre lui, le preneur à louage sera-t-il pourtant responsable? Posons quelques cas. On sait que le peuple est pour l'ordinaire animé contre ceux qui sont chargés de lever les deniers publics. Que dans une emûte populaire le peuple se jette sur la maison d'un Employé, & y cause des dégats; est-ce l'Employé ou le Propriétaire de la maison qui en devra porter le dommage? On sait que les jeunes gens qui fréquentent les Universités sont assez portés à se venger des torts qu'ils croyent avoir reçu, & que leur vengeance se tourne d'ordinaire contre les vitres des maisons où demeurent ceux, contre lesquels ils sont animés: supposé que ceux-ci ne leur aient point donné de juste sujet de colere, seront-ils pourtant responsables du dommage, que la pétulance des jeunes gens aura causé à la maison? Je prends à louage un navire: je le charge, & l'expédie pour le port, auquel du sû du bailleur à louage je l'avois destiné: un Armateur d'une puissance ennemie prend le navire, & le confisque: est-ce sur moi, ou sur celui dont j'ai loué le navire, que la perte du navire doit tomber? Je loue une voiture, & me mets en route: des ennemis ou des voleurs m'attendent en chemin; m'attaquent, brisent la voiture: tuent les chevaux: à peine suis-je échapé: la perte de la voiture & des chevaux doit-elle tomber à ma charge, ou à celle du baileur à louage? On pourroit proposer une infinité de cas semblables: quelle est la regle selon laquelle il faudra les décider? A moins qu'on ne s'en tienne à celle que le dommage ne doit tomber à la charge du preneur à louage, qu'en cas qu'on lui puisse imputer la cause des hostilités, il faudra le rendre responsable de toutes ces sortes d'accidents.

Consultons encore la nature du contract. Nous avons déjà fait voir, qu'elle exclut réciproquement tout devoir & tout droit, lorsque de part & d'autre on est empêché par des *cas fortuits.* Que faut-il entendre par *cas fortuits*? Tous les évenements que raisonnablement on ne peut prévenir, & qu'on ne doit point supposer. C'est par cette raison que les Jurisconsultes Romains mettent au nombre des cas fortuits, non seulement les tremblements de terre, les inondations, les orages, mais toute violence à laquelle on ne peut resister. *Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono præstare debere ait: ut puta fluminum, graculorum, sturnorum, & si quid simile acciderit: aut si incursus hostium fiat.* Or aussi peu qu'on peut pré-

préfumer, que de part ou d'autre on aît voulu prendre ces évenements pour fon compte, auffi peu peut-on préfumer, que de part ou d'autre on aît voulu fe tenir refponfable des évenements, qui partent du caprice humain; & comme d'un côté on ne peut fuppofer, que le preneur à louage ait prétendu, que le bailleur le défendit contre la violence qu'on pourroit exercer fur la chofe louée, ainfi on ne peut fuppofer de l'autre côté, qu'il fe foit chargé de la garantir de cette violence: & de même qu'on ne peut fuppofer dans ce contract, que le bailleur ait voulu fe charger d'indemnifer le preneur, fi par animofité contre lui, on venoit à attaquer la maifon, & caufer par là du dommage aux effets du preneur, à moins que cette violence ne put lui être imputée; on ne peut non plus fuppofer, qu'il ait voulu fe donner ce droit contre le preneur, fi par animofité contre celui-ci, on venoit à caufer du dommage à la maifon, à moins qu'il n'eut donné lieu à cet accident. Revenons au degré d'imputation.

Nous avons montré ci-deffus qu'on ne doit imputer au preneur à louage, que la faute grosfière & legère, & qu'on ne doit pas lui imputer la très-legère. Cependant ce n'eft pas, comme les Jurisconfultes le prétendent vulgairement, d'après ce qu'on lit d'ULPIEN *l.* 5. §. 2. *ff. com.* parce que le contract de loyer a pour but l'utilité de l'un & de l'autre des contractants, que le preneur à louage n'eft refponfable que de la faute grosfière & legère: raifon fur laquelle je me fuis déjà expliqué; mais parce qu'il n'y a aucun fondement qui nous donne droit de conclure, que ç'ait été l'intention des contractants, que le preneur à louage fut tenu auffi de la faute très-legère: parce que la nature du contract ne nous permet pas de préfumer, que celui qui prend une chofe à louage, le faffe dans l'intention & avec la promeffe tacite, d'en avoir plus de foin qu'il n'en a de fes propres biens; & que celui qui donne à louage le faffe dans la perfuafion & fous la loi, que le preneur en aura plus de foin qu'on n'en a ordinairement de fes propres effets: fi nous nous fervions de la raifon, indiquée dans la *l.* 5. §. 2. *ff. comm.* il faudroit en admettre la conféquence tant pour le bailleur à louage, que pour le preneur: j'ai fait remarquer ci-deffus, que la fituation de l'un eft très-différente de celle de l'autre; & par ce que je viens de dire il paroit, ce me femble, évidemment, qu'il faut fe décider fur la nature du contract, & non pas fur la confidération fi le contract tend à l'utilité des deux contractants.

Voilà mes réflexions pour ce qui regarde le louage d'une chofe. Je vais confidérer maintenant le loyer de fervice. A quoi eft tenu un Domeftique? A quoi le Patron d'un navire? A quoi un Roulier, ou tel autre qui s'eft engagé de donner fon induftrie, fes foins, & fon travail pour un falaire déterminé? C'eft encore ici que les décifions devront être différentes, fuivant les différents cas: & peut-être n'a-t-on pas été affez attentif à les diftinguer. On les comprend tous fous l'expreffion générale de loyer, & cependant ils different fouvent fi effentiellement, qu'ils exigent des devoirs & des droits très-différents. Prenons dabord le cas le plus fimple & le plus ordinaire, celui du fervice d'un domeftique. Je prends un domeftique à mon fervice: ce domeftique ignore le détail de ce qu'il y a à faire: il ne s'engage donc pas à réuffir dans tout ce que je pourrai exiger de lui: il dépend d'ailleurs de mon jugement fur tout ce que je pourrois lui ordonner. Si donc ce domeftique tâche de remplir mes ordres, fuivant fes talents & fes lumieres, il a fatisfait. On ne peut pas préfumer qu'il fe foit engagé à rien de plus. Si je le charge d'une commiffion, ou de quelque ouvrage, & qu'il l'execute mal; je dois me l'imputer. Conféquemment un domeftique n'eft guères refponfable que de la lourde faute: & tout le droit qu'on peut avoir de part & d'autre, c'eft que, fi le maitre trouve que le domeftique n'eft pas propre au fervice, ou que le domeftique trouve qu'il ne peut y fuffire, ils peuvent fe décharger mutuellement.

Qu'on faffe maintenant attention, que cette feconde forte de contract de loyer, que je viens de toucher, a ceci de commun avec la première, que dans l'une & dans l'autre on donne d'une part l'ufage, & qu'on la prend de l'autre part; & voilà fans doute la raifon pourquoi les Jurisconfultes Romains ont également nommé bailleur à louage, *Locator*, celui qui donne l'ufage d'une chofe, & celui qui donne l'ufage de fon fervice: & qu'ils ont nommé preneur à louage, *Conductor*, celui qui prend l'ufage foit d'une chofe, foit d'un fervice. Dans l'un & l'autre de ces engagements le bailleur donne l'ufage au preneur, pour que celui-ci s'en ferve conformement au but, pour lequel l'ufage lui eft accordé: dans l'un le bailleur remet la chofe à la difpofition du preneur; dans l'autre il lui remet fon fervice: d'où il s'enfuit que fi le preneur fait un autre ufage du fervice loué, que celui pour lequel on le lui a donné, il en eft comptable de la même manière qu'il l'eft, par rapport à une chofe louée: de forte que fi le preneur veut ufer du fervice, ou qu'il en ufe effectivement au-delà du but pour lequel le bailleur le lui a engagé, celui-ci a droit de refufer fon travail, de fe dédire du contract, & d'exiger un dédommagement.

En eft-il de même des contracts, dans lesquels quelqu'un fe charge de faire une chofe? Ces contracts font mis auffi au nombre de ceux qu'on nomme contracts de loyer, & peut-être n'auroit-on pas mal fait de leur donner un autre nom, n'eut-ce été que pour mieux fixer les idées. Je trouve dans ces fortes de contracts un caractère effentiel qui les rend, ce me femble, très-différents des autres. Je donne des marchandifes à tran-

transporter ou à voiturer: dans ce cas le Patron du navire, ou le Roulier donne à la vérité son service pour un certain salaire; mais il ne me remet pas l'usage de son service; il ne le met ni à mon jugement, ni à ma disposition: il le tient à sa disposition: la nature de ce contract veut que ce soit lui, qui juge des moyens convenables à remplir l'engagement; elle veut que je me fie & que je m'en rapporte à lui, de manière que celui qui s'engage à faire quelque chose pour un autre, est plutôt preneur que bailleur, puisque c'est lui qui prend, & que c'est moi qui lui donne à faire. Vraisemblablement est-ce à cause de ce caractère essentiel & distinctif, que le Droit Romain ne nomme pas preneur à louage, mais bailleur celui qui de cette maniere loue le service d'un autre, parce qu'effectivement il donne à faire; & par opposition, celui qui donne son service est nommé preneur, parce qu'effectivement il accepte d'executer. Quoiqu'il en soit, la nature de ce contract suppose, que d'un côté on s'engage à employer le service de quelqu'un pour se procurer un certain ouvrage en payant un certain prix, & que de l'autre on s'engage à exécuter cet ouvrage pour le prix stipulé: celui qui s'engage à exécuter un ouvrage, se charge par là de satisfaire à l'engagement, & puisque la nature de ces sortes de contracts exige, que celui qui donne à faire s'en remette à la disposition de celui qui entreprend de faire; & puisque celui qui l'entreprend s'annonce par là, comme quelqu'un qui exige cette confiance, & qui se charge de tout ce qu'il faut pour remplir l'accord, il est visible que celui qui prend un tel engagement, est responsable de la moindre faute de sa part. Nous allons rendre cette conséquence sensible par quelques exemples que le Droit Romain expose. *Celsus etiam imperitiam culpæ adnumerandam lib.* VIII. *Digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos, vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum præstare debere. & quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex (inquit) conduxit.* C'est ULPIEN qui parle *l.* 9. §. 5. *ff. loc. cond.* Ce Jurisconsulte rapporte d'autres exemples in *l.* 11. §. 3. *l.* 13. §. 1. §. 5. §. 6. En voici un de GAJUS dans lequel il décide, que celui qui s'est chargé d'un ouvrage, est tenu au dédommagement, à moins qu'il n'ait fait tout ce que la prudence peut exiger. *Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum præstat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit, culpa autem abest, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset. l.* 25. §. 7. *eod.* Ce que JAVOLENUS rapporte *l.* 51. §. 1. *eod.* confirme singulierement les principes que j'ai posés ci-dessus, & fait voir d'ailleurs combien la diversité des circonstances doit faire varier les décisions, & combien les Jurisconsultes Romains y ont été attentifs dans celles qu'on nous a conservées d'eux. Il s'agit d'un ouvrage qui avoit été donné à faire & qui avoit été mal executé: la condition du contract portoit entre autres, que l'ouvrier, ou l'entrepreneur, recevroit chaque jour son salaire; & que l'ouvrage devoit s'exécuter sur l'approbation de celui qui l'avoit donné à faire: de là la question si l'ouvrier étoit tenu d'indemniser celui pour qui il y avoit travaillé. Oui: répond le Jurisconsulte, *si l'ouvrage entier a été confié à l'ouvrier:* parce qu'il est indifférent, que l'on stipule de payer le salaire, par parties ou à la fois: à moins pourtant, ajoute-t-il, (& qu'on fasse attention à cette raison, parce qu'elle fait voir quelle attention les Jurisconsultes Romains ont apporte aux contracts, pour y déméler la volonté présumée des contractants) à moins pourtant, que le salaire n'ait été stipulé par parties, afin que l'ouvrage s'exécutât au jugement de celui qui l'avoit donné à faire: *nisi [si] ideo in operas singulas merces constituta erit, ut* ARBITRIO DOMINI *opus efficeretur:* c'est-à-dire, si le salaire se paye par parties, afin que celui qui le fait faire, puisse le faire continuer ou discontinuer, suivant que l'ouvrier remplit ses vues, alors celui qui a donné un ouvrage à faire, ne peut pas exiger du dédommagement pour un ouvrage mal achevé: en faisant continuer le travail on doit supposer qu'il l'a approuvé; il doit s'en prendre à lui-même s'il a fait continuer le travail: mais si le payement par termes ou par parties a été fait pour d'autres raisons, celle qui décharge l'ouvrier de l'obligation de dédommager celui pour lequel il a travaillé cesse, & il est responsable du tout.

Celui qui se charge de l'exécution d'un ouvrage pour un certain salaire, est donc responsable de la plus legère faute: il doit livrer l'ouvrage entrepris, ou indemniser celui qui l'en a chargé: c'est-à-dire, bonifier tout l'intérêt, que celui qui lui a commandé l'ouvrage, a à ce que l'engagement eût été rempli. D'un autre côté, si celui qui s'est engagé de donner un ouvrage à faire manque à son engagement, il doit indemniser celui qui s'en est chargé, du dommage qu'il lui cause en ne le lui donnant pas; cette indemnisation consistera à payer le prix du loyer, si celui, qui avoit été engagé s'est tenu dans la disposition de remplir son engagement: c'est à l'autre à se l'imputer s'il n'a pas fait l'usage de cette disposition. *Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas præstet,* dit le Jurisconsulte PAUL *in l.* 38. *ff. loc. cond.* le Rescript d'*Antonin* & de *Severe* y ajoute une condition: *cum per te non stetisse proponas quo minus locatas operas Antonio Aquilæ solveres, si* EODEM ANNO MERCEDES AB ALIO NON ACCEPISTI, *fidem contractus impleri æquum est.* Cette condition est fondée sur la raison, que celui, qui a été engagé, ne souffre aucun dommage s'il a reçu son salaire d'ailleurs: on peut aussi dire, que celui qui a été engagé, & qui ne se trou-

Du dommage que souffre celui qui loue son travail, & du dommage arrivé à l'ouvrage, dont on s'est chargé.

§. DCXXXIV. Pareillement, *si celui qui loue son travail souffre en le faisant, & par sa faute, quelque dommage*, dont il devoit se garder (§. III.), puisque cela ne peut être imputé au preneur (§. CCLXIX.), *le preneur n'est pas tenu de le réparer.* Et comme les accidents ne peuvent se prévoir, celui qui loue son travail pour un salaire, est obligé de courir les risques qui en peuvent arriver, par conséquent, *le preneur n'est pas obligé non plus de reparer le dommage, que le bailleur souffre par un accident.* Ainsi, *si celui qui a loué son travail, rompt, ou perd son outil, en faisant l'ouvrage promis, c'est à son dommage; ou même si cela arrive à la propre matiere de celui qui a loué son travail, avec laquelle il devoit faire pour vous l'ouvrage;* mais *si c'est à votre matiere que l'accident arrive, le dommage est pour vous* (§. CCXLIII.). *Celui qui fait un mauvais ouvrage avec votre matiere*, est censé vous avoir causé du dommage par sa faute (§. XXI. CCLXIX.); donc, *si le défaut peut se corriger*, il *doit le corriger sans salaire, sinon il doit rendre le prix de la matiere, en gardant l'ouvrage défectueux* (§. CCLXX.). Comme on appelle *ouvrier*, *artisan*, ou *artiste*, celui qui sait, ou exerce quelqu'art, *la malhabileté d'un ouvrier, ou de celui qui fait profession de l'être, est sa faute* (§. XXI.). Enfin comme l'ouvrage, que vous avez donné à faire à un autre, est vôtre; *si, sans qu'il y ait de la faute de celui qui s'est chargé de l'ouvrage, il arrive quelque accident à l'ouvrage commencé, ou fini, c'est à votre dommage* (§. CCXLIII.); mais *si le dommage arrive par le défaut de l'ouvrage*, puisque c'est alors la faute *de celui qui s'en est chargé*, il *doit réparer le dommage* (§. CCLXX.).

De l'achat d'un ouvrage qu'un autre doit faire à notre volonté.

§. DCXXXV. *Si l'on convient avec un ouvrier, qu'il fera un ouvrage de sa propre matiere, mettant un prix pour l'ouvrage achevé & approuvé*, puisqu'on ne convient pas d'un salaire pour le travail, mais d'un prix payable pour l'ouvrage achevé, *ce n'est pas un contract de louage* (§. DCXX.), *mais la vente d'une chose qui doit exister, sous condition qu'elle sera sans défaut* (§. DLXXXVII. DXC.). Et comme dans la vente on peut donner une chose comme supplement du prix (§. DXCIX.); *ce sera encore une vente, si l'on donne la matiere, ou quelqu'autre chose, qui doit être comptée dans le prix.* (*c*)

Des frais faits pour la chose louée.

§. DCXXXVI. Comme le bailleur doit rendre la chose, propre à l'usage pour lequel on l'a louée (§. DCXXI.), *si le preneur fait des frais nécessaires*, c'est-à-dire, sans lesquels la chose ne pouvoit procurer l'usage pour lequel il l'avoit louée, *le bailleur est obligé de les rembourser*; mais *il n'est pas permis de faire, sans le consentement du bailleur, des dépenses qui ne sont qu'utiles*, puisqu'il n'est obligé qu'à procurer l'usage loué (§. CCCXVII.); & puisqu'encore le preneur n'est pas le maître (§. DCXX.), *il*

trouvant pas employé, donne son service à un autre, renonce aussi de sa part à l'engagement. Avec tout cela on auroit encore tort de prendre la décision d'*Antonin* & de *Severe* pour une regle générale. Il y a mille cas, dans lesquels quelqu'un, malgré son travail pour un autre, & le salaire qu'il en reçoit, peut conserver son droit sur celui qui l'a engagé pour un certain ouvrage: par exemple *Sempronius* engage *Titius* à travailler pour lui durant les mois de Mai, Juin & Juillet, afin d'achever un certain ouvrage déjà commencé: l'engagement est fait & le prix stipulé. *Sempronius* renvoie *Titius* d'une semaine à l'autre: *Titius* se trouvant du loisir travaille pour *Cajus*, pour *Sejus*, pour d'autres; mais sous la condition que, si *Sempronius* le requiert, il sera degagé. Cependant *Sempronius* laisse écouler les mois de Mai, Juin & Juillet, sans employer *Titius*: suffira-t-il de dire que *Titius* a travaillé pour *Cajus*, *Sejus*, & pour d'autres, afin de décharger *Sempronius* de l'obligation de s'acquiter envers *Titius*? Je ne le vois pas. Au reste le Droit Romain fournit d'autres exemples de ceux qui louent leur service: la Navigation en augmenteroit

il n'est pas même permis au preneur de faire à ses frais, quelque changement à la chose louée, sans le consentement du bailleur (§. CCLVI.). (*d*)

§. DCXXXVII. Comme chacun doit écarter le dommage qu'un autre pourroit souffrir (§. CCLXIX.); *le bailleur est tenu d'indiquer les défauts de la chose louée, par lesquels on pourroit souffrir quelque dommage, en s'en servant*, comme, par exemple, si un cheval est sujet à ruer, ou si certaines parties d'une maison, sont en danger d'être innondées en certain temps. *Si* donc, *le sachant, il loue une chose defectueuse, il est tenu envers le preneur pour les intérêts* (§. CCCCXV.); *s'il l'a fait dans une ignorance invincible*, quoiqu'on ne puisse le lui imputer (§. XXXIV.), comme cependant il ne procure pas l'usage, que la chose pouvoit avoir, si elle n'eut point été défectueuse; *il est obligé de remettre une partie du loyer, selon les circonstances qui se présentent* (§. DCXXI.). (*e*) *Des défauts de la chose louée.*

§. DCXXXVIII. On appelle *socide* (*) un contract, par lequel nous accordons à quelqu'un, pour un petit salaire annuel, ou pour une certaine partie des fruits, l'usage de nos bestiaux, à condition que, si quelques bêtes périssent, celui qui les reçoit en mettra d'autres à leur place, ou en payera la valeur. Il paroît ainsi, que *le socide est un contract de louage, avec une convention ajoutée, par laquelle le preneur se charge de tous les risques de la chose louée* (§. DCXX. DCXXVIII.). Il paroît encore, que *dans le socide les bestiaux ne meurent jamais pour le bailleur*, & qu'*il faut taxer les bêtes avant de les livrer.* Et comme on appelle *bestiaux de fer*, ceux qui ne périssent jamais pour le compte de celui qui les livre; *le socide est une location de bestiaux de fer.* Du reste comme on doit observer l'égalité dans les contracts onéreux (§. DLXXX.), *le paiement, dans le socide, doit être déterminé par le prix des fruits que le preneur tire des bestiaux, & par les risques qu'il court.* Et comme les bestiaux se louent pour l'usage; *le bailleur à socide est obligé de livrer des bêtes saines, & s'il en meurt de quelque maladie, contractée avant le bail, le risque est pour le bailleur* (§. CCCCXV.). (*f*) *Du cheptel.* *Socida.

§. DCXXXIX. Si deux ou plusieurs personnes conviennent entr'elles, qu'elles contribueront de leurs effets, & de leur travail à quelque négoce, pour que le gain & le dommage soient communs, ce contract s'appelle *Société*, c'est-à-dire, *de commerce.* Ceux qui entrent dans la Société s'appellent *associés.* Au reste *on contracte une société, soit que l'un & l'autre des associés y mette ses effets & son travail, soit que l'un y mette ses effets, & l'autre son travail, soit que l'un y mette ses effets & son travail, & l'autre, ou ses effets seulement, ou son travail.* Il est clair que sous le nom d'effets, on comprend aussi l'argent. *On ne contracte point de société* *Société de commerce ce que c'est.*

roit bien le nombre, si nous voulions nous y arrêter; mais cette note s'étant insensiblement acrue sous la plume, au de là de ce que je m'étois proposé, je crains de m'étendre d'avantage.

§. DCXXXV. (*c*) Le Jurisconsulte GAJUS propose *in l. 2. ff. loc. cond.* un cas semblable à celui, dont notre Auteur parle dans ce paragraphe & le décide comme lui.

§. DCXXXVI. (*d*) On peut voir dans la *l.* 55. §. 1. *ff. loc. cond.* que le Jurisconsulte PAUL étendoit le devoir de rembourser les fraix même aux choses utiles: SCÆVOLA paroit être du même sentiment. *l.* 61. *in princ. eod.*

§. DCXXXVII. (*e*) On peut rapporter à ce paragraphe ce que nous lisons *l.* 60. §. 7. *ff. loc. cond.* & en quelque façon les exemples que l'on trouve *l.* 19. §. 1. *eod.*

(*) Le mot François *cheptel*, ou *bail à cheptel*, répond à-peu-près à la même idée. R.d.T.

§. DCXXXVIII. (*f*) Voyez ce que l'Auteur dit de ce contract dans son grand Ouvrage du *Droit de la Nature & des Gens*, P. IV. C. IV. §. 1303. & suivans.

ciété avec celui, qui ne met ni son travail, ni ses effets; mais si on l'admet à une partie du gain seulement, c'est une donation (§. CCCCLXXV.). *S'il doit* aussi *partager le dommage, c'est un contract particulier* (§. CCCCXXXVIII.).

De la société contractée par raport au dommage. §. DCXL. Comme chacun peut se relâcher de son droit (§. CCCXLII.), & qu'il doit être permis à chacun de s'obliger pour autant qu'il lui plaît (§. LXXVIII. XCVII.); *on peut contracter une société, de façon que quelqu'un soit participant du gain, sans l'être du dommage*: mais comme il est de notre devoir d'écarter le dommage d'autrui (§. CCLXIX.), & que nous ne devons pas nous enrichir à ses dépens (§. CCLXXI), *il n'est pas permis de contracter pour qu'un des associés partage le dommage, sans partager le gain*, c'est ce qu'on appelle *la société du lion*, qui *est* donc *illicite, & nulle par elle-même.* (*g*)

Société de biens. & de tous biens. §. DCXLI. Si l'on met en communauté tous les biens présents & à venir, cela s'appelle une *société de tous biens*; si l'on y met seulement tout ce qu'on gagne par son travail, & par le commerce, cela s'appelle simplement *société de biens*. L'une & l'autre s'appelle d'un nom commun *société universelle*, ou quelquefois aussi *société générale*; & par opposition on appelle *société particuliere*, celle par laquelle on partage en commun, ce qui provient de certaines choses, ou d'un certain commerce. (*h*)

Des biens de la société. §. DCXLII. On appelle *biens de la société*, ceux que l'on met en communauté, en contractant la société. C'est pourquoi chacun a, pour sa part, le domaine sur les biens de la société (§. DCXXXIX.); par conséquent *aussi-tôt qu'on entre en société de tous biens, chacun des associés transfere à l'autre le domaine sur ses biens présents & à venir, pour sa part* (§. DCXLI. DLXXXIX.). (*i*)

Capital en argent ce que c'est. §. DCXLIII. L'argent qu'on met en société pour un certain usage; & en général l'argent dont on jouit, s'appelle le *capital* *.

* Sors.

§. DCXLIV.

§. DCXL. (*g*) Si la Société est un contract, qui a pour but de partager *le gain & la perte*, ainsi que l'Auteur l'a défini dans le paragraphe précedent, on pourroit demander comment il se peut faire qu'il y ait une Société, dans laquelle l'une des parties ne participe pas à la perte, s'il en survient? Les hommes qui entrent en Société ne le font que dans la vue de quelque avantage: c'est le motif qui les anime; c'est le but qu'ils se proposent: ainsi je préférerois de définir la Société par un contract, dans lequel on s'engage à agir de concert dans une certaine affaire pour un avantage commun. L'essence de la Société exige 1. qu'il y ait un objet qu'on se propose de remplir: 2. qu'on se propose un avantage commun, en remplissant cet objet; 3. que par rapport à cet objet on agisse de concert. Mais l'essence de la Société ne demande point que l'on mette ensemble un capital, ou des travaux, ou qu'on partage la perte comme le gain: tout cela peut varier de mille façons. Par exemple, deux ou plusieurs ouvriers font partie de mettre en commun, tout ce qu'ils gagneront par leur travail; & de faire servir ce gain à leur fraix communs pour leurs dépenses de menage: dans ce cas ils ne mettront point en commun ni de l'argent, ni du travail; mais uniquement leur gain, & le hazard d'en faire en travaillant chacun à part. S'il n'est donc pas de l'essence d'une Société qu'on participe à la perte, il est évident qu'on peut contracter une Société, en stipulant qu'on ne sera pas tenu à la perte, s'il en survenoit. La raison en est naturelle: on me propose une Société: je voudrois bien m'y engager, mais peu ou point au fait de l'affaire qui en sera l'objet, je crains d'y perdre: celui qui me la propose, moralement sûr de l'avantage qu'il y voit, prend, pour me rassurer, la perte pour son compte: il aime mieux s'en charger que de perdre l'avantage dont il se flatte si je m'engage avec lui: mais comme il est de l'essence de la Société, qu'on la fasse dans la vue d'un avantage, elle ne permet pas qu'on en contracte une, dans laquelle l'une des parties n'auroit aucune part au profit; encore moins sous la condition de participer pourtant à la perte. VINNIUS a très-bien remarqué, que la communauté de perte n'est pas de l'essence du contract de Société, & notre Auteur en prouvant dans son grand Ouvrage *P.* IV. *C.* IV. §. 1329. qu'on ne peut contracter une Société, dans laquelle on ne

§. DCXLIV. *Si quelqu'un apporte dans la société son travail seul, ou son industrie, que l'autre y apporte son argent, & qu'on compare entr'eux les travaux & l'usage de l'argent*, comme l'usage de l'argent, & l'usage des travaux se partagent en commun; *celui qui apporte son travail n'a point part au capital, qui périt ou se conserve pour celui qui a donné l'argent:* mais *si l'on compare ce même travail, avec le domaine même de l'argent*, puisqu'alors l'argent même, & le travail évalué par ce même argent sont mis en commun, *celui qui donne son travail, devient participant du capital pour ce que vaut le prix de son travail, qui doit être ajouté au capital.* (*k*) *Des différentes manieres de comparer l'argent & les travaux mis en société.*

§. DCXLV. Comme *dans une société de commerce*, aucun des associés n'est présumé donner ou faire gratuitement quelque chose pour un autre (§. CCCCLXXIII. DCXXXIX.), & que naturellement il n'est obligé de le faire, *il faut y observer l'égalité* (§. DLXXX.); par conséquent *il faut partager le profit & le dommage communs, en raison de ce que chacun a mis;* c'est-à-dire, ensorte que celui qui a mis le double, tire un double profit, mais souffre aussi un double dommage, & qu'ainsi *les profits & les dommages soient égaux, si les mises sont égales.* Chacun regarde comme très-équitable, l'égalité du partage, si les mises sont égales, mais comme celui qui met le double, représente deux associés, & ainsi du reste; il suit de-là nécessairement, qu'il y a la même équité, à partager les profits & les dommages communs, en raison des mises. Comme cependant les associés peuvent convenir entr'eux, touchant le partage, selon qu'il leur semblera convenable (§. CCCLXXXV. CCCCXXXVIII.); *si l'on a exprimé les portions du gain & de la perte, il faut s'y tenir* (§. CCCCXXXVIII.); mais *si l'on compare les travaux, avec l'usage de l'argent, comme celui qui apporte son travail, ne participe pas au capital* (§. DCXLIV.), *la raison, selon laquelle il faut partager le profit commun, doit être déterminée, par ce que vaut l'usage de l'argent, & par les risques de perdre le capital, & en même temps, par ce que vaut le travail ou la peine, & le danger de la perdre;* ou *si l'on ne fait pas at-* *Du partage du profit & du dommage.*

ne participeroit point au gain, tandis qu'on participeroit à la perte, allegue lui-même pour raison fondamentale, que par là on ôte au contract sa détermination essentielle, savoir le profit *commun*, qui est la fin, pour laquelle la Société se contracte: de façon qu'en l'ôtant on annulle le contract. Au reste ce paragraphe décide la question entre *Mucius* & *Servius*, dont JUSTINIEN parle dans le 3. §. des *Inst. de soc.* Voyez *l.* 29. §. 1. & *l.* 30. *ff. pro Soc.*

§. DCXLI. (*b*) Les Commentateurs sur les *Institutes*, & entre autres le célebre VINNIUS, donnent une idée de la maniere dont les Sociétés peuvent différer entr'elles.

§. DCXLII. (*i*) On doit faire attention que l'on peut mettre en commun les biens mêmes, ou seulement l'usage de ces biens. Dans le premier cas il en résulte ce que l'Auteur affirme dans ce paragraphe: dans le second cas le domaine ne passe point aux associés. Voyez notre Auteur dans son grand Ouvrage *P.* IV. *C.* IV. §. 1336. Cependant j'aurois bien voulu, qu'il eut fait sentir cette différence plus distinctement.

§. DCXLIV. (*k*) Si l'on combine ce paragraphe avec le DCXLII. il sembleroit, que ce n'est que dans le cas que l'un des associés donne son travail, qu'il faudroit distinguer, si l'autre met en commun son argent, ou seulement l'usage de son argent: mais dans toute association, dès qu'il ne paroit pas qu'on ait voulu entrer en communauté de biens, la nature du contract ne permet pas qu'on le suppose. Je fournis 20. 000. flor. vous en fournissez *f* 10. 000: —— Voilà un capital de *f* 30. 000: —— Nous nous proposons d'acheter pour cette somme des marchandises, de les envoyer aux Indes, d'y faire d'autres achats, de prendre des retours, & de partager le profit & la perte également, en vous laissant le soin de la correspondance. Supposez qu'après trois ou quatre années nos retours viennent & ne produisent que les *f* 30. 000: ——, pourriez-vous prétendre de partager le Capital, parce que je vous ai accordé la moitié du profit en faveur de la correspondance, dont vous vous êtes chargé? Dans tout contract de Société, où il ne paroit pas qu'on ait voulu mettre le fonds en commun, la nature du contract exige qu'on ne soit entendu n'avoir conferé que l'usage.

§. DCXLV.

attention aux risques, il faut déterminer cette raison, par ce que vaut l'usage de l'argent, & le travail. (*l*)

De la maniere de compter le gain. §. DCXLVI. Le gain, ou profit, étant une chose, & par conséquent, de l'argent ajouté à nos biens (§. CCCCXIV.), & les frais dans une société se faisant en vue du gain (§. CCLXXIX. DCXXXIX.); *on ne regarde comme gain, que ce qui reste après avoir déduit les frais*, par conséquent *après avoir aussi déduit l'argent qu'on avoit mis, & les dommages*, qui diminuent le gain (§. CCLXIX. CCLXXIX.). (*m*)

De la fin, & de la prorogation d'une société. §. DCXLVII. Comme la société se contracte en vue d'une certaine affaire (§. DCXXXIX.); *la société finit lorsque l'affaire, pour laquelle elle étoit contractée, est finie, ou si elle a été contractée pour un certain temps, lorsque ce temps est écoulé* (§. CCCCXXXVIII.). Comme on dit, qu'*on proroge la société*, lorsqu'elle est continuée au-delà du temps convenu; & qu'ainsi proroger la société est la même chose que la renouveller (§. CCCCXLI.); *ce que nous avons dit du renouvellement des conventions, a lieu aussi par rapport à la prorogation des Sociétés* (ibid.). Mais comme personne ne doit causer de dommage à un autre (§. CCLXIX.); *il*

§. DCXLV. (*l*) On fera bien de lire sur ce paragraphe, ce que notre Auteur enseigne dans son grand Ouvrage, *P.* IV. *C.* IV. §. 1342. & suiv. On peut y ajouter le Commentaire de VINNIUS ad §. 1. *Inst de Soc.* les *ll.* 6. 29. & 52. §. 4. *ff. pro Soc.*

§. DCXLVI. (*m*) Le gain & la perte ne peuvent se compter qu'après l'affaire finie: & qu'on fait balance de ce qu'on a plus ou moins, de ce qui a été employé à la Société. Cette vérité est très-simple: JUSTINIEN l'indique à la fin du §. 2. *Inst. de Soc.*

§. DCXLVII. & DCXLVIII. (*n*) Ces deux paragraphes sont un peu trop concis: on les trouve développés dans le grand Ouvrage de notre Auteur, *P.* IV. *C.* IV. §. 1386. & suiv. Nous y ajouterons un mot. La Société finit, 1. si la chose est détruite: *si res interit, societas finitur*, dit notre Auteur *l. c.* §. 1386. La raison en est simple: le but de la société est de retirer un profit commun des choses qu'on y employe: ainsi ces choses venant à perir, il n'y a plus moyen d'en tirer un profit commun. Cette raison prouve en même temps que la regle, que l'Auteur pose en premier lieu, suppose une Société, dont le but est de tirer un profit commun d'une chose déterminée. 2. *Si les biens qui ont été mis en Société viennent à manquer.* Cette seconde regle peut être regardée comme une conséquence de la premiere: elle suppose que la Société roule sur un certain fonds. Notre Auteur en tire deux conséquences; que JUSTINIEN nous a indiquées, comme deux raisons différentes de la dissolution d'une Société, dans les §§. 6. & 7. *des Institutes, de Soc.* l'une est le cas dans lequel tous les biens de l'associé sont adjugés au Fisc; l'autre est le cas d'un associé oberé, qui est obligé de faire cession de ses biens. 3. *Si un associé meurt.* Notre Auteur ne pose point cette regle, mais il l'indique dans les §§. 1388. & 1389. où il en donne en même temps la raison. JUSTINIEN la donne §. 5. *des Instut. de Soc.* 4. *Si un Associé renonce.* Notre Auteur semble limiter la faculté qu'on a de renoncer à une société, aux associations faites sans stipuler de durée §. 1391.: il n'est pas bien précis sur ce sujet. Le Droit Romain ne permet pas, que quelqu'un demeure contre son gré dans une société: il lui permet d'en sortir quand il veut; sauf à reparer le dommage qui en revient à ses associés. Voy. *Inst.* §. 4. & sur-tout la *l.* 65. *ff. pro Soc.* dans laquelle on trouve d'excellentes reflexions.

En nous retraçant les caractères d'une société, notre Auteur ne parle point des obligations & des droits, qui en resultent pour les associés: il en traite dans son grand ouvrage aux §§. 1363. & suiv. Il y dit entre autres que, si l'un des Associés cause du dommage à la société, soit par sa faute soit par dol, il est tenu de le reparer: & cela fait naitre naturellement la question, si les obligations & les devoirs des associés à cet égard vont à l'infini, & s'ils sont tenus les uns envers les autres, même de la faute très-legère? Je crois pouvoir me dispenser de la discuter, parce que j'estime en avoir dit assez sur ce sujet au §. DXX. & au §. DXLI. Il ne sera pourtant pas inutile de remarquer, qu'il y a encore plus de difficulté de fixer à cet égard une regle générale pour des associés, que dans toute autre relation; attendu que les circonstances qui doivent dans ce cas servir de fondement à la décision peuvent varier non-seulement par rapport aux associés-mêmes, à leurs talents, à la nature des affaires, mais aussi par rapport aux différentes parties de la gestion, dont l'un ou l'autre des associés se charge. GAJUS, par exemple, *l.* 72. *ff. pro Socio* nous dit, *Socius socio etiam culpæ nomine tenetur, id est, desidiæ atque negligentiæ. Culpa au-*

il n'est pas permis de quitter la société au dommage des associés; si cependant elle n'a point été contractée pour un certain temps, on peut la quitter, si c'est sans dommage pour la société; parce qu'en cela on ne fait rien contre le droit des associés (§. LXXXIII.).

§. DCXLVIII. *Rénoncer à la société*, c'est déclarer qu'on n'y veut plus demeurer; ainsi celui qui rénonce à la société, la quitte (§. CCCCXLII). C'est pourquoi, *si l'un des associés ne fait pas ce qu'il est tenu de faire, en vertu de la société, il est permis à l'autre d'y rénoncer*, par conséquent, *s'il y a plusieurs associés, les autres peuvent continuer la société, & en exclure l'associé négligent, ou querelleux, qui veut que tout se fasse à son gré seulement.* C'est en effet la même chose, que s'ils rénonçoient à la société, & qu'ensuite ils en contractassent une nouvelle. Au reste il est évident, que *la société peut se dissoudre, par un consentement mutuel*, comme toute autre convention (§. CCCCXLIV.). (*n*) *De la rénonciation à la Société, & de sa dissolution.*

§. DCXLIX.

autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etiam, talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet; quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet. On auroit tort de prendre cette décision de GAJUS pour une regle générale. On peut imputer à un associé d'avoir pris pour compagnon un homme sans talents, & sans les connoissances requises pour la gestion des affaires, qu'on a laissées & commises à ses soins; mais on ne peut raisonnablement lui imputer d'avoir pris pour associé un négligent: le caractère de négligent ne se manifeste pas comme le fait un défaut de lumières, de talents, & de connoissances: d'ailleurs un homme peut être négligent dans ses propres affaires, & ne pas l'être dans celles d'autrui: il y a plus. Celui qui néglige ses propres affaires, peut être dans l'idée qu'il ne fait tort qu'à soi-même & que cela lui est permis, mais celui qui contracte une société & qui se charge de quelque affaire relative à la société, ne peut pas se le persuader: ainsi il n'est pas universellement vrai non plus; qu'il suffit qu'un associé, pour qu'on ne puisse lui rien imputer, traite les affaires de la société avec la même exactitude qu'il traite les siennes. J'aimerois mieux dire, qu'il suffit que l'associé employe ses talents & ses lumières de manière à répondre, à ce qu'on doit naturellement attendre d'un homme tel que lui. La remarque de CELSUS rapportée par ULPIEN *l.* 52. §. 2. *ff. pro soc.* relativement à des associés qui s'annoncent comme connoisseurs, comme propres à exécuter une entreprise, & sur les lumières, les talents & les connoissances desquels on doit se reposer, est très bien fondée *si in coeunda societate artem operamve pollicitus est alter*; & je ne ferois aucune difficulté de rendre un pareil associé responsable d'une faute très-legère, c'est-à-dire, d'une faute qui ne doit pas échapper à un homme exact & entendu dans les affaires. Il y a encore une réflexion à faire sur ce que GAJUS dit: il est des cas où il seroit très déraisonnable de dire à un homme, vous n'avez qu'à vous en prendre à vous même de vous être associé ce compagnon. *Titius*, par exemple, passe pour un homme laborieux, exact, diligent, & bien dans ses affaires: il vient trouver *Sejus:* lui propose une association: *Sejus* est un homme de sens, mais d'ailleurs sans grande pénétration: il goûte la proposition de *Titius.* L'association se fait: *Titius* est chargé de la gestion, *Sejus* fournit la plus grande partie du fonds. *Titius* fait de mauvaises entreprises, & bientôt le fonds perir. Dira-t-on à *Sejus*, vous n'avez qu'à vous imputer la faute d'avoir pris *Titius* pour compagnon? s'il est des cas dans lesquels on peut le dire, il y en a d'autres où on ne peut le faire. Avec tout cela pourtant on ne doit jamais oublier, que l'homme n'est pas un être parfait, & qu'il seroit très injuste de le rendre responsable même des inadvertences & des inattentions les plus legères.

La société nous offre une autre discussion à faire, & qui certainement merite d'être touchée. Quel droit acquiert un tiers sur chacun des membres d'une société, pour le fait d'un associé entant qu'associé? Les associés sont-ils chacun en leur particulier responsables de tout ce qui concerne la société, ou ne le sont-ils chacun que pour leur part? Voilà une question qu'on a agitée, mais qu'on n'a pas traitée, ce me semble, comme elle paroit l'exiger. Je vais l'examiner dabord de la maniere dont les Jurisconsultes l'ont considérée; ensuite je la traiterai suivant celle dont je crois qu'elle doit être envisagée.

Les Jurisconsultes, accoutumés à puiser leurs moyens de décision dans le Droit Romain, ont distingué sur la question proposée les trois cas suivants. 1. Si les associés agissent séparément & chacun par soi-même? 2. Si les associés ont commis la gestion de la société à l'un d'eux ou à

à un Commis ou Préposé? 3. Si chacun des associés agit pour le compte de la société? Dans le premier cas, chacun des associés n'est tenu (disent-ils) que pour sa part: ils fondent leur décision sur la *l.* 4. *ff. de exerc. act.* où ULPIEN dit: *si tamen plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitiones conveniuntur:* ULPIEN en donne cette raison-ci: *neque enim invicem sui magistri videntur.* Ils prétendent que dans le second & dans le troisième cas chacun des associés est solidairement tenu pour le tout: ils prennent cette décision dans la *l.* 1. §. 25. *l.* 2. *l.* 4. §. 1. *ff. de exercit. act. l.* 13. §. 2. & *l.* 14. *de inst. act.* Si l'on prend la peine d'examiner ces passages on n'y trouvera que des cas particuliers, qui n'authorisent aucune application générale: la raison qu'ULPIEN donne in *l.* 4. *ff. de exercit. act.* savoir, *si invicem sui magistri videntur*, pourroit seulement en souffrir une, parce qu'il est généralement vrai, que celui qui agit par un autre, est responsable du fait de celui-ci en tout ce qui lui a été commis: mais encore faudroit-il, dans l'application qu'on en feroit aux affaires d'une société, bien prendre garde de ne pas confondre les différentes circonstances; vû que ces circonstances déterminent l'étendue des affaires, dont un commis ou des associés peuvent avoir été chargés. Par exemple, *Titius*, *Sempronius* & *Sejus* achettent ensemble un navire, l'équipent, prennent des chargements & le mettent en mer: ils font les affaires de la société tous trois, soit indistinctement, soit ayant chacun son département; mais ils les font sous la signature de *Titius & Comp.* ou bien de *Titius*, *Sempronius* & *Sejus*, ou sous quelqu'autre signature, n'importe quelle. Or par là qu'ils se servent tous trois de la même signature, ils font mutuellement représentants l'un de l'autre: *invicem sui magistri videntur.* En ce cas (disent les Jurisconsultes) celui qui a agi avec l'un d'eux, peut aussi s'en prendre à l'un d'eux solidairement, attendu que celui des trois qui agit dans les affaires de la société, engage les deux autres associés chacun solidairement, comme s'ils avoient contracté eux mêmes. Et par la même raison on tient tous les associés, & chacun d'eux en son particulier, responsables pour le fait de celui, auquel ils auroient commis le soin & la gestion de leur société.

Cependant il se présente ici une question plus importante, qu'on aura de la peine à resoudre, par les principes que nous venons d'exposer. Si chacun des associés est dans les cas dont on vient de parler, tenu solidairement, en resulte-t-il, qu'il sera obligé de payer de son bien particulier ce qui pourroit manquer à la société. Par exemple, *Titius*, *Sempronius* & *Sejus* font le commerce sur un fonds de cinquante mille livres. Dans le cours des affaires *Sejus* prend avec *Cajus* des engagements pour deux cent mille livres. La société se trouve dans le cas de ne pouvoir y faire honneur. *Sempronius* & *Sejus* n'ont d'autre bien que celui qu'ils ont mis dans la Société. *Cajus* le sachant attaque *Titius.* Faut-il que *Titius* remplisse de son bien particulier ce qui manque à la société, pour satisfaire à l'engagement contracté avec *Cajus?* On répond, oui. C'est l'opinion commune, & on la fonde sur les passages du Droit Romain que j'ai cités ci-dessus: cependant en ceci, comme en bien d'autres occasions, les Interprêtes étendent, ce me semble, les idées des Jurisconsultes Romains au-delà de l'intention de ceux-ci. Est-il bien vrai qu'en prétendant, qu'on puisse faire valoir son action contre l'un des associés solidairement, ils aient voulu par là, que chacun d'eux seroit tenu de payer de son propre patrimoine, tout ce qui pourroit manquer à la société? ou bien ont-ils seulement voulu qu'on eut une action contre chacun des associés solidairement, pour autant que la société pourroit y satisfaire? Par exemple, *Titius*, *Sempronius* & *Sejus* ont mis chacun quinze mille florins en Société. *Cajus* a sur la société une prétension de trente mille florins: selon le Droit Romain il a le droit d'agir soit contre *Titius*, soit contre *Sempronius*, ou *Sejus*, pour le payement de sa prétension. Mais faut-il entendre par là, qu'il peut faire condamner *Titius* à lui payer du fonds de la société, trente mille florins, sans qu'il ait besoin d'agir contre chacun des associés pour le payement de dix mille florins; ou bien faut-il entendre par là, qu'il peut faire condamner *Titius* à lui payer cette somme, soit du fonds de la société, soit de son propre fonds, si celui de la société n'est pas suffisant? En considerant uniquement la raison alleguée par GAJUS, il sembleroit que *Cajus* peut bien agir contre *Titius* pour toute la dette, mais non pas à la fin qu'il la paye de son propre bien, si le fonds de la société n'est pas suffisant: la raison pour laquelle GAJUS veut, qu'on puisse contraindre l'un des associés solidairement, n'est pas parce qu'il croit, que chacun d'eux est en son particulier responsable de toute la dette, mais pour que le Créancier ne soit pas obligé de diviser sa prétension. *Si plures navem exerceant, cum quolibet eorum in solidum agi potest*, NE IN PLURES ADVERSARIOS DESTRINGATUR, QUI CUM UNO CONTRAXERIT: & pour se convaincre qu'on n'attribue rien par là aux Jurisconsultes Romains, qui repugne à leurs sentiments, on n'a qu'à lire le dernier paragraphe de la *l.* 27. *ff. de pec.* Le droit de s'en prendre à l'un des associés, dans le cas dont il est ici question, peut se prouver par une raison bien plus démonstrative, que celle dont GAJUS se sert. Si je contracte avec *Titius*, comme associé de *Sempronius* & de *Sejus*, quelle est la personne avec qui je contracte? quelle est celle avec laquelle je fais l'engagement; à laquelle donné-je alors ma foi & ma confiance? ce n'est pas à *Titius*, ni à *Sempronius*, ni à *Sejus*, mais à ces trois personnes formant une seule personne morale,

rale, qui eſt repréſentée également par chacun des trois aſſociés. Or ſi j'ai contracté avec cette perſonne morale, & que les trois aſſociés repréſentent chacun à part cette perſonne morale, il eſt manifeſte, que je puis attaquer ſolidairement chacun d'eux, comme repréſentant chacun à part la perſonne morale qui s'eſt engagée envers moi. Mais en continuant de raiſonner ſur ce principe, on pourra en conclure, qu'on ne peut non plus exiger de chacun des aſſociés au-delà de ce que poſſede la perſonne morale, avec laquelle j'ai contracté. Ce raiſonnement me paroit même plus ſolide, que celui dont le Préſident DE BYNCKERSHOEK ſe ſert *Lib.* IV. *C.* XX. *Quæſt. Jur. Priv.* pour juſtifier une déciſion du Conſeil ſuprême de Juſtice de la Hollande. Il s'agiſſoit d'un navire, qui en avoit fait périr un autre. Ceux qui avoient intérêt au navire perdu, intentèrent procès au patron & aux propriétaires de l'autre navire, chacun ſolidairement. Le Conſeil ſuprême jugea, que chacun des aſſociés n'étoit tenu, que pour la part qu'il avoit au navire: cette déciſion, dit Mr. DE BYNCKERSHOEK, n'eſt pas contraire au Droit Romain, bien que le Droit Romain veuille, que chacun des aſſociés d'un navire ſoit reſponſable ſolidairement pour les engagements, pris par le patron du navire: car (dit-il) ceci n'a lieu, que par rapport aux affaires, auxquelles les propriétaires ont commis le patron: or, ajoute-t-il, il n'eſt pas du devoir d'un patron de navire de faire périr d'autres navires, & il n'y a perſonne, pour peu qu'il ait du ſens commun, qui dira, qu'on lui a donné commiſſion d'en faire périr. Ne pourroit-on pas répondre à Mr. DE BYNCKERSHOEK, que ſur ce pied les propriétaires ne devroient pas même contribuer en rien au dédommagement? D'ailleurs cette raiſon admiſe, pourroit-t-on jamais attaquer un maitre pour le fait de ſon commis, en cas que celui-ci abuſe de la confiance de ſon maitre, & prenne un engagement contraire à ſes intérêts? jamais on ne ſera aſſez inſenſé pour ſoutenir, qu'un commis ait été chargé de tel ou tel fait, ſi ce fait nuit aux intérêts de ſon maitre. Il eſt étonnant de voir faire ce raiſonnement à Mr. DE BYNCKERSHOEK, & il ne l'eſt pas moins que pour l'appuyer il allegue les raiſons, dont il s'eſt ſervi au *L.* I. *Quæſt. Jur. Publ.* *C.* XIX. Quoiqu'il en ſoit, ſi l'on fait attention à la maniere dont les Juriſconſultes traitent la queſtion, dont nous parlons, on s'appercevra ſans peine, qu'ils oublient qu'elle eſt indéterminée. A la bien prendre elle ſe réduit à cette propoſition-ci. Un aſſocié eſt-il ſolidairement reſponſable du fait de ſon aſſocié dans les affaires de la ſociété, vis-à-vis un tiers, avec lequel cet aſſocié a agi au nom de la Société; & chaque aſſocié eſt-il ſolidairement tenu pour le fait d'un commis ou Prépoſé, chargé de la geſtion des affaires de la ſociété, pour tout ce que celui-ci a fait au nom de la ſociété & relativement à la ſociété? Or à bien conſidérer cette propoſition, il eſt facile de s'appercevoir, qu'elle doit être miſe au nombre des indéterminées, & que par là elle n'eſt pas ſuſceptible de ſolution: en effet les ſociétés peuvent être contractées de tant de différentes manieres & être ſi différemment modifiées, qu'il eſt impoſſible de fixer une loi générale qui puiſſe s'appliquer à tous les cas.

Voici comment je crois qu'on doit prendre la propoſition. Les Sociétés peuvent ſe faire: 1. ſoit pour un objet général, ſoit pour un objet particulier. 2. En laiſſant la geſtion des affaires ſoit à un ſeul des aſſociés, ſoit à chacun ou à quelques-uns d'eux; ou bien en y prépoſant ſoit un ſeul ſoit pluſieurs commis. 3. Sur un fonds déterminé ou non déterminé. 4. Sous une ſignature affectée à la ſociété ou point. Ces différentes manieres ſouffrent différentes combinaiſons; & c'eſt de leur différente combinaiſon que dépendra la déciſion qu'il faut porter ſur un cas donné, comme on va le voir.

Que *Titius*, *Junius*, *Sejus* & *Craſſus* faſſent une aſſociation de commerce, de quelque nature que ce commerce puiſſe être; qu'ils conviennent de travailler chacun ſous ſa ſignature privée: il eſt évident que celui qui traite avec la perſonne qui gere les affaires de la ſociété ſous ſon ſeing privé, ne traite pas avec lui comme membre ou prépoſé d'une ſociété, mais comme avec une perſonne privée qui agit de ſon chef & pour elle-même; de façon qu'il n'acquiert d'autre droit que celui, que tout contractant acquiert vis-à-vis de celui avec lequel il traite: cette concluſion eſt générale de quelque nature que ſoit la ſociété, parce que les différentes conditions de la ſociété n'ont aucun effet par rapport à celui, qui ne peut pas être dit avoir contracté avec la ſociété. Mais ſuppoſé que la ſociété de *Titius*, *Junius*, *Sejus* & *Craſſus* ſe fit ſous une ſignature affectée à la ſociété; ſoit que les affaires fuſſent remiſes aux ſoins d'un commis, ſoit que les aſſociés y travaillaſſent tous, ou que l'un d'eux en fut chargé, dans tout engagement pris avec un tiers, ſous le ſeing de la ſociété ſoit par le commis, ſoit par l'un des aſſociés, la ſociété en ſeroit reſponſable, parce que ce ſeroit elle qui auroit contracté par le commis ou l'aſſocié qui l'auroit repréſentée: & la même concluſion doit avoir lieu toutes les fois, qu'il y a une marque ou un caractere, ou un indice par lequel il paroit que celui qui agit en repréſente un autre; ſoit qu'il repréſente une ſeule perſonne, comme le font ordinairement les commis de boutique, ſoit qu'il repréſente une aſſociation, c'eſt-à-dire, une perſonne morale, comme cela a lieu pour l'ordinaire par rapport aux patrons de navire.

Encore la ſignature & les indices ne ſuffiſent-ils point, pour rendre la ſociété reſponſable du fait de l'un de ſes membres, ou d'un commis, auquel elle a confié ſa ſignature: il faut que celui, qui contracte avec quelqu'un, qui ſe préſente non pas pour lui-même, mais pour un autre, ait lieu

de se persuader, que celui avec lequel il va traiter est authorisé à l'acte qu'il va faire au nom de son commettant : voilà pourquoi il faut bien faire attention à l'objet d'une société, pour distinguer s'il est général ou particulier : cela se peut manifester soit par écrit, lorsqu'on donne procuration ; soit par des faits, lorsque le commis, ou l'un des associés se sert publiquement de la signature d'une société pour telles ou telles affaires. Que *Titius*, *Junius*, *Sejus* & *Crassus* fassent une société pour une fabrique de draps, sous la signature de *Titius & Comp.* qu'il soit conditionné, que *Crassus* aura le département du comptoir, & que lui seul signera les lettres, les comptes, enfin tous les papiers relatifs à la société ; qu'après quelque temps *Crassus* s'avise d'achetter un bien-fonds, des meubles, des bijoux, ou tels autres effets qu'on voudra ; qu'il fasse l'achat pour le compte de la société ; qu'il donne en payement des obligations avec la signature de la société ; la société ne pourra point être engagée, parce que le vendeur n'a pas eu un fondement suffisant pour se persuader, que *Crassus* agissoit pour la société : il pouvoit s'en informer ; il n'étoit pas dans la nécessité de vendre. Il faut en dire tout autant des cas, où un associé ou un commis a fait un emprunt. Mais qu'on voie un associé ou un commis, faire différentes affaires pour une société, qu'on le voie tous les jours en bourse, diriger les affaires de la société, acceptant des lettres de change, en tirant d'autres, enfin qu'on le voie faire tout ce qu'un Négociant feroit lui-même, en ce cas, comme on a un fondement legitime, de le regarder & de le prendre pour représentant de la société, dans toutes les affaires qui ont trait au commerce, la société seroit engagée par son fait, de quelque nature que fut ce fait, pourvu qu'il eut trait au commerce. Or comme les affaires peuvent varier à l'infini, tant par leur nature, que par leur étendue, il est visible qu'elles peuvent être plus ou moins générales ou particulieres, & conséquemment qu'on ne peut fixer les cas, dans lesquels une société se trouve liée par les engagements pris par un commis, par un préposé, ou bien par un associé ; que par les circonstances particulieres, par lesquelles la nature de l'association doit se trouver déterminée La seule regle qu'on puisse (ce me semble) donner ici, c'est que la société est liée par l'engagement d'un commis ou associé, authorisé à gérer les affaires de la société, toutes les fois que celui qui a contracté avec le commis ou l'associé, a eu un fondement legitime de se persuader, que le commis ou l'associé n'excedoit pas les bornes de son pouvoir : & il n'y a que les circonstances qui puissent donner ce fondement.

Voilà pour ce qui regarde les cas dans lesquels le fait d'un associé ou d'un commis, lie la Société, au nom & pour le fait de laquelle cet associé ou ce commis a agi. Voyons maintenant si nous pouvons donner quelque chose de précis sur l'obligation, qui en retombe sur chacun des membres de la société. Les membres d'une société forment par leur association une personne morale : or puisque chacun des membres fait partie de cette personne morale, il en resulte que, si j'ai pris un engagement avec cette personne morale, j'ai imposé sur chacun des membres l'obligation de faire ensorte que l'engagement soit rempli ; parce que les membres d'une société, quoique séparables l'un de l'autre dans un sens physique, ne le sont pas, & ne peuvent pas l'être dans un sens moral. Une obligation n'est pas divisible ; quoique l'acte physique de remplir l'obligation le soit. Ainsi comme une société, quelque nombreux qu'en soient les membres, ne forme dans un sens moral qu'une seule personne, & puisque les obligations qu'elle contracte, sont moralement indivisibles par leur nature ; que de plus on ne peut agir physiquement contre une personne morale, & qu'en attaquant l'un de ses membres, on attaque par là tout le corps, il resulte que ceux, qui constituent une société, s'imposent mutuellement la nécessité de faire ensorte, que la société satisfasse aux engagements qu'elle prend, & partant que celui qui a contracté avec une société, est en droit de s'en prendre pour l'accomplissement du contract, à tel de ses membres qu'il le juge à propos.

Mais cette obligation s'étend-elle au point qu'un associé fût tenu de remplir par lui-même l'engagement, en cas que la société se trouvât hors d'état d'y satisfaire ? Pour résoudre cette question, il faut encore faire attention à la personne qui contracto, lorsqu'il se fait quelqu'acte au nom d'une société : ceci nous sera distinguer deux cas ; celui dans lequel on s'est associé sans déterminer de fonds ; celui dans lequel on l'a fait en déterminant un fonds. Prenons un exemple pour le premier cas. *Cajus*, *Sempronius*, *Sejus* & *Titius* font une association : ils stipulent que *Cajus* fournira $\frac{1}{3}$, *Sempronius* $\frac{1}{4}$, *Sejus* $\frac{1}{8}$, & *Titius* $\frac{7}{24}$, à mesure que les fraix à faire l'exigeront. La gestion est confiée à *Sejus*, sous la signature de *Titius & Comp.* Dans le courant des affaires *Sejus* prend au nom & sous le seing de la société un engagement avec *Junius*. En vertu de cet engagement, *Sejus* accepte une Lettre de change de cent mille livres, tirée par *Junius* à la charge de *Titius & Comp.* : il se trouve à l'échéance de cette lettre de change, que les affaires de la société, ayant mal réussi, *Sejus* manque de fonds nécessaires pour acquitter cette lettre de change, & que deux des associés étant hors d'état de fournir leur contingent, la lettre de change est protestée & renvoyée. Savoir maintenant si l'on peut s'en prendre à l'un des associés seul, à *Titius*, par exemple, pour le droit acquis par la lettre de change, acceptée par *Sejus*

sous

fous le feing ou la fignature de la fociété, à tel effet que *Titius* feroit obligé de l'acquiter de fon propre fonds? Je réponds qu'oui: pourquoi? parce que les affociés n'ayant pas ftipulé de fonds, ils font reputés avoir formé l'affociation pour toutes leurs facultés. Cela étant, & ayant le droit de m'en prendre à *Titius* pour toute prétenfion fur la fociété, ainfi qu'il a été demontré ci-deffus, il s'enfuit, que *Titius* eft obligé d'acquiter la lettre de change, même de fon propre fonds, fi fes affociés manquent à fournir leur contingent. La ftipulation du $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{6}$, $\frac{1}{8}$, $\frac{1}{12}$, ne charge rien à la perfonne morale, conftituée par les affociés, quant à celui qui contracte avec elle: ce font les facultés de la perfonne morale, & non fes difpofitions particulieres qui le concernent.

Suppofons maintenant que la fociété ait été faite fur un fonds ftipulé, par exemple, de 96.000. livres, à fournir par les quatre affociés fur le pied marqué ci-deffus. Que les pertes faites par la fociété aient reduit le fonds à vingt mille livres, & que *Junius* ait une prétenfion fur elle de cinquante mille livres: fera-t-il également vrai, que l'on pourra agir contre *Titius* à la fin qu'il acquite cette dette, en fuppléant de fon propre fonds ce qui manque à la fociété? Je réponds que non: Pourquoi? parce que la fociété, la perfonne morale qui a contracté, n'a préfenté qu'un fonds de 96 000 livres pour fûreté à ceux qui ont contracté avec elle; parce que *Titius* étant entré dans une affociation avec *Sejus*, *Cajus* & *Sempronius* fur un fonds de 96 000. livres, à fournir de fon côté 28. 000. liv. il n'a laiffé & commis à la difpofition de *Sejus* que la fomme de 28. 000. livres. Conféquemment *Titius*, n'ayant pris perfonnellement aucun engagement avec *Junius*, & ne repréfentant comme membre de la fociété, que la perfonne morale qu'elle conftitue, ne peut non plus être reputé avoir d'autre obligation, que celle de fatisfaire par les facultés de la fociété. Je l'ai fait voir ci-deffus en remarquant, que cette doctrine ne s'éloigne point de l'efprit du Droit Romain. Pour le faire mieux fentir je vais en faire l'application à un cas, que l'on trouve expofé dans les Obfervations de Mr. COREN, autrefois Confeiller au Grand-Confeil de Hollande: c'eft le XL. Voici à quoi il revient. Dans l'obfcurité d'une nuit orageufe, un navire donne contre un autre navire & le fait couler à fonds. Les loix maritimes portent, que le dommage caufé par de femblables accidents, doit être partagé également entre les deux navires; c'eft-à-dire, que la moitié du dommage caufé par la perte du navire qui a peri, doit venir à la charge du navire qui l'a coulé à fonds. Je nommerai le navire qui a péri, le *Pallas*, celui qui l'a fait couler à fonds, le *Triton*: le Capitaine du premier, *Johnfton*, le Capitaine du fecond, *Luzy*. La Veuve *Johnfton* & les Intéreffés au vaiffeau le *Pallas* agiffent en juftice contre *Luzy*, & concluent à ce qu'il foit condamné à payer la moitié du dommage, fouffert par la perte du navire le *Pallas* & des effets qu'il avoit à bord. *Luzy* eft condamné: mais n'ayant pas de quoi fatisfaire à la fentence, la Veuve *Johnfton* & fes affociés en demandent l'exécution contre chacun des propriétaires du navire le *Triton* folidairement, l'un payant les autres liberés. Il s'agit maintenant de favoir: 1. fi la Veuve *Johnfton* & les intéreffés au navire *le Pallas* avoient droit de s'en prendre à *Luzy* feul pour leur prétenfion? 2. S'ils pouvoient l'exiger en entier de chacun des propriétaires du navire *le Triton* ou des Intéreffés? 3. Si ces propriétaires & ces intéreffés pouvoient s'acquiter en donnant la valeur du navire *le Triton*, tel qu'il étoit au temps de l'accident? Quant à la premiere queftion, il ne paroit pas douteux, que la Veuve *Johnfton* & fes affociés ne foient authorifés à s'en prendre au Capitaine *Luzy*, non-feulement par les raifons, qui permettent qu'on agiffe contre le mandataire auffi bien que contre le mandant, ainfi qu'on a pu le voir aux §§. DLI. & fuiv. mais auffi par la raifon, que le Capitaine eft toujours plus ou moins l'affocié des propriétaires du navire & de ceux qui y ont intérêt; de forte qu'à fon égard le principe du Droit Romain dont j'ai parlé ci-deffus, & qui eft tiré de la *l.* 2. *ff. de exerc. act.* conferve toute fa force. Par rapport à la feconde queftion, le même principe le décide, comme je crois l'avoir démontré ci-deffus, en prouvant par la nature de la perfonne morale, qui fait l'ame & l'effence de toute fociété, qu'on peut agir folidairement contre chacun des membres d'une fociété, pour l'accompliffement d'une obligation qui eft à fa charge. Et pour ce qui concerne la troifième queftion, dès que l'on confidere, que les affociés n'ont eu en commun que le navire *le Triton*, & que la perfonne morale formée par leur affociation, n'a eu, par conféquent, d'autre fonds que ce navire, il paroit également évident, que les propriétaires du navire *le Triton*, & ceux qui y ont été intéreffés peuvent s'acquiter, en donnant la valeur de ce navire, tel qu'il étoit au temps de l'accident, qui a fait périr *le Pallas*. Cette raifon me paroit même plus naturelle, que la comparaifon que Mr. DE BYNCKERSHOEK (*Quæft. Jur. priv. L.* IV. *C.* XX) fait des cas dans lefquels, fuivant le Droit Romain, on étoit quite de toute obligation, en cedant l'animal qui avoit caufé du dommage à celui qui l'avoit fouffert; outre que la comparaifon manque de jufteffe. Quoiqu'il en foit de ces raifons, il femble que le Grand-Confeil de Hollande ait été d'avis, 1. que la Veuve *Johnfton* & fes affociés ont pu s'en prendre au Capitaine *Luzy* pour toute leur prétenfion, puifqu'ils y ont condamné celui-ci: 2. qu'on ne pouvoit agir folidairement contre chacun des propriétaires du navire *le Triton*, & ceux qui y é-

De l'intérêt, ou de l'usure.

§. DCXLIX. On appelle *intérêt*, ou *usure* (*), tout ce qu'on donne, soit argent, soit autre chose, pour l'usage de quelque chose qui se consume par l'usage, ou qui est susceptible de remplacement, sur-tout pour l'usage de l'argent. Comme l'usage d'une chose qui se consume par l'usage, est quelque chose qui se peut évaluer, aussi-bien que celui d'une chose qui ne se consume pas par l'usage, ce qu'on voit clairement, en supposant, qu'on employe l'argent à l'achat d'un fonds qui rapporte des fruits, ou à quelqu'affaire lucrative, & comme d'ailleurs personne n'est tenu de donner gratuitement à un autre, qui peut donner à son tour (§. CCCCLXXIII.); *l'intérêt, ou l'usure n'est point illicite en soi, & sa quantité doit naturellement se mesurer sur l'usage pour lequel l'argent est prêté au débiteur.* L'usure peut être regardée comme une partie d'un gain, auquel participe l'associé qui ne donne que son argent, mais en ayant égard aux risques que court le débiteur seul. D'où il paroit, que *l'intérêt peut naturellement être tantôt plus grand, tantôt plus petit.* De-là l'on appelle *usure mordante*, celle qu'on exige de celui, qui peut à peine gagner par l'usage de l'argent ce qui est nécessaire à sa subsistance, ou celle qui excede le gain que peut faire le débiteur par l'usage de l'argent; &

toient intéressés, puisqu'il a décidé que chacun d'eux ne pouvoit être actionné, que pour la part qu'il avoit au navire: 3. qu'ils pouvoient s'acquiter par la valeur du navire *le Triton*, puisque le Conseil déclare, qu'ils peuvent s'acquiter, en payant jusqu'à la valeur du navire *le Triton*, sans être tenu à rien au-delà. La raison qui me paroit avoir porté le Grand-Conseil à ne pas accorder la demande contre chacun des associés solidairement, est, que le Grand-Conseil a consideré l'acte, par lequel le navire *le Pallas* a été coulé à fonds, non pas comme un acte qui pouvoit venir à la charge de la société, mais comme un acte qui retomboit sur chacun des associés, en qualité de participant au navire; vû que cet acte ne pouvoit être imputé à la personne morale, qui constitue proprement l'association. Les raisons qui ont été employées en faveur des propriétaires de ce navire & de ceux qui y étoient intéressés, reviennent dans le fonds à cette remarque: & il paroit encore, qu'on a distingué dans ce procès l'obligation, qui prend son origine d'un pur accident, de celle qui nait d'un contract. La perte du navire *le Pallas* ne pouvoit être imputée au patron du navire *le Triton*; ni par conséquent non plus aux propriétaires de ce dernier, ni à ceux qui y avoient intérêt: de là on a conclu, que le dédommagement ne pouvoit tomber que sur le navire même, & non pas personnellement sur ceux qui le possedoient en commun ou qui l'avoient chargé: quoique je n'aie rien à redire à la distinction qu'on fait entre l'obligation qui nait d'un contract, & celle à laquelle un accident peut donner lieu, je ne puis cependant goûter la conséquence qu'on paroit en avoir tirée dans ce cas-ci. Ceux qui équipent un navire & qui le mettent en mer, n'ignorent point à quoi la navigation l'expose: ils se soumettent à tous les accidents de la mer: ils veulent bien courir un péril commun avec tous les autres navigateurs; de façon qu'il y a effectivement un contract tacite entre tous les navigateurs. Ainsi ce n'est pas la raison du cas fortuit qui me feroit décider, que les propriétaires du navire *le Triton* peuvent s'acquiter par la valeur de ce navire, mais celle-ci, savoir qu'ils n'ont en commun que ce navire & les effets qu'ils y avoient, & que leur association ne présente rien de plus pour fonds de la personne morale, constituée par les propriétaires du navire & les intéressés à ce navire. *Les Ordonnances de Louis XIV. sur le Commerce des Négociants & Marchands*, font une distinction sur l'obligation des associés, entre les sociétés, dites *en commandite*, & celles qui ne le sont point. Les sociétés que l'on appelle *en commandite* sont celles, dans lesquelles il n'y a qu'un seul associé qui paroit & qui gere; celui-là est obligé solidairement, les autres ne le sont, *que jusqu'à la concurrence de leur part. Ord. t. IV. art. 8.* c'est-à-dire, *jusqu'à la concurrence du fonds qu'ils ont mis dans la Société*, suivant qu'on le trouve enseigné dans les *Principes de Jurisprudence Françoise*, par Mr. PREVÔT DE LA JANNES. Quoique cette distinction fasse assez connoître qu'on a jugé, qu'il y a des cas, dans lesquels il ne feroit pas juste de tenir tous les associés responsables solidairement du fait de l'un d'eux, il me semble pourtant, qu'on peut se convaincre aisément par les réflexions que j'ai faites ci-dessus, qu'elle ne satisfait pas pleinement.

(*) Il faut prendre garde, que le mot d'intérêt n'a pas ici le même sens que dans le §. CCCCXV., & que le mot d'usure, qui se prend ordinairement dans

& il paroît que cette usure *est naturellement illicite* (§. DXIII.). On appelle *usurier* dans un sens odieux, celui qui exige une usure illicite (*). (*o*)

§. DCL. Lorsqu'on accorde l'usage de l'argent non gratuitement, mais pour de l'argent, ce n'est point un prêt à consomption, tel que celui que nous avons défini au §. DXXVIII. (§. DXXXIII.), ainsi l'on appelle *argent usuraire*, ou *prêté à intérêt*, ou *à usure*, celui qui est dû avec intérêt; & le contract par lequel on prête ainsi de l'argent, s'appelle *contract usuraire*, „ ou aussi *prêt à interêt*, „ ou *à usure*." *Du contract usuraire.*

§. DCLI. On appelle *anatocisme*, un contract par lequel on convient, que les intérêts seront convertis en capital, & qu'on devra aussi l'intérêt de l'intérêt, „ ce qu'on appelle aussi *intérêt composé*." Comme l'intérêt aussi-tôt qu'il est payé, devient le capital de celui qui le reçoit, & qu'on peut prêter son argent à celui, à qui on a déjà prêté à intérêt; *naturellement il est permis de prêter de nouveau à intérêt au débiteur, l'intérêt qu'on en a reçu, pourvû que ce soit pour une cause, pour laquelle on peut justement exiger un intérêt.* Il paroît de-là, que *l'anatocisme n'est pas illicite en soi.* (*p*) *De l'anatocisme, ou de l'intérêt des intérêts.*

§. DCLII.

dans le langage vulgaire dans un sens odieux, pour un intérêt excessif, n'a point ce sens ici. R. d. T.

(*) Nous remplaçons par cette définition, celle-ci que donne Mr. WOLF, Usurarum illicitarum exactio *usuraria pravitas* vocatur. R. d. T.

§. DCXLIX. (*o*) En comparant la démonstration que notre Auteur donne ici pour prouver, que le prêt à intérêt n'est pas contraire au Droit Naturel, avec ce qu'en dit PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* v. *Ch.* VII. §. 9. on ne pourra peut-être pas s'empêcher d'en admirer la simplicité & l'élegance: du moins cette comparaison fera-t-elle voir, qu'il est bien plus facile de donner des raisons vagues, que de fournir de démonstrations solides. Ceux au reste qui seroient curieux de lire ce qui a été dit pour & contre l'usage du prêt à intérêt, pourront se satisfaire dans l'ouvrage de PUFENDORF que je viens de citer. On y verra non-seulement comment ce célebre Auteur en parle, & ce qu'en dit Mr. BARBEIRAC; mais on y trouvera encore indiqués d'autres ouvrages que l'on pourra, si l'on veut, consulter.

§. DCLI. (*p*) En faisant ici attention à l'évidence avec laquelle notre Auteur démontre, qu'il n'y a rien d'illicite à compter intérêt d'intérêt, on auroit lieu de s'étonner que cette vérité soit si peu reconnue & suivie, si l'on ne voyoit journellement combien il est difficile de déraciner d'anciens préjugés. Le Droit Romain admet le prêt à intérêt, mais n'accorde point l'intérêt d'intérêt. Cette disposition du Droit Romain a eu sans doute des raisons très sages, fondées sur la constitution de cette République: mais y a-t-il du bon sens à en faire l'application à un pays, dont la richesse est fondée sur l'usage & la circulation de l'argent. Je suis en commerce avec *Titius:* ce commerce exige, que je lui fasse de temps en temps des avances: nous stipulons qu'il m'en payera un demi pour cent d'intérêt par mois: l'argent me vaut cela: des circonstances ne permettent pas à *Titius* de me rembourser mes avances, soit en tout soit en partie, à la fin de l'année: quelle raison y a-t-il qui doive m'empêcher de réduire au terme convenu l'intérêt échu en capital, & d'en compter l'intérêt comme des avances mêmes? Mais si une démonstration si simple nous prouve évidemment, que les prêts à usure ne répugnent point aux principes du Droit Naturel, & qu'il n'y a aucune iniquité à se faire payer intérêt de l'intérêt, il n'est pas si aisé de déterminer dans quels cas celui, qui est débiteur ou celui qui a entre ses mains les effets d'autrui, doit payer l'intérêt de l'argent qu'il a été en demeure de rendre à celui auquel il appartient. La Loi naturelle veut, que tout dommage soit reparé par celui qui le cause: celui qui garde mon argent au lieu de me le donner, & qui par là m'en fait manquer l'usage, me cause du dommage; il est donc tenu de me le reparer: la conséquence paroit naturelle: or puisque l'intérêt est le moyen le plus convenable d'estimer ce dommage, il paroit naturel que celui auquel on manque de faire toucher l'argent qu'on a de lui, ait droit de prétendre qu'on lui en paye l'intérêt. Cependant les Tribunaux ne l'assignent ordinairement, que du moment qu'on a agi en justice, pour obtenir payement de son dû. Peut-être ne fait-on pas attention, qu'il a été des temps qu'on payoit 12 p. d'intérêt par an, & qu'aujourd'hui on ne compte que 4 ou 5 p. par an, ou un demi pour cent par mois. Peut-être les Juges veulent-ils qu'il paroisse, que celui qui a de l'argent à prétendre, n'ait

Du billet, ou de l'obligation, & du contract par obligation. §. DCLII. On appelle *billet* *, ou billet d'obligation, ou ſimplement une *obligation*, un écrit dans lequel on confeſſe avoir reçu d'un autre une choſe ſuſceptible de remplacement, & par lequel on promet de la reſtituer en genre. On appelle le *contract d'obligation*, celui qui ſe fait par un billet. D'où l'on voit ce que c'eſt que *créancier*, *débiteur*, *dette par obligation*. Il paroît encore, qu'*un contract par obligation*, *eſt un prêt fait par écrit*, *ou à conſomption* (§. DXXVIII.), *ou à intérêt* (§. DCL.).

* Chirographum.

Ce qu'il y a à obſerver au ſujet du contract par obligation. §. DCLIII. Comme par le billet on promet de rendre en genre ce que l'on reçoit (§. DCLII.); *celui qui donne ſon billet*, *dans l'eſpérance de recevoir une choſe ſuſceptible de remplacement*, telle que de l'argent, *& qui ne la reçoit point*, *n'eſt tenu à rien reſtituer*. Et de peur qu'il ne ſe préſente des cas, où il pourroit paroître douteux, ſi l'on a reçu la choſe, *auſſi-tôt qu'on livre le billet*, *il faut livrer la choſe ſuſceptible de remplacement*, *ou compter l'argent*; *& le débiteur par obligation ne doit pas avant cela donner ſon billet*, *ni le créancier le recevoir*. La même choſe a lieu ſi l'on ne livre pas toute la quantité exprimée dans le billet. Par la même raiſon, *auſſi-tôt qu'on paie*, *il faut rendre le billet*. Au reſte, *naturellement il n'eſt pas néceſſaire d'exprimer dans le billet la cauſe de la dette* (§. CCCCVII.). Puis donc qu'il eſt indifférent, que la cauſe de la dette ſoit exprimée, ou non; *le billet eſt bon*, *quand même on y exprimeroit une fauſſe cauſe de la dette*, *pourvû qu'il ſoit vrai qu'on doit autant qu'elle porte.* (*q*)

De la quittance. §. DCLIV. On appelle *reçu*, ou *quittance* *, un écrit dans lequel le créancier reconnoit, que le débiteur a payé, ou qu'il en a reçu ce qu'il devoit. Puis donc qu'en produiſant la quittance, on prouve le paiement; elle *ne doit être ni donnée*, *ni reçue*, *qu'après le paiement:* par conſéquent, *ſi on l'a donnée dans l'eſpérance du paiement*, *il faut ou la redemander*, *ou contraindre le débiteur à payer*. La même choſe a lieu, ſi, ayant reçu la quittance, on ne paie pas la dette entiere. Comme par la quittance on peut prouver le paiement, *ſi par hazard on a perdu le billet*, *ou qu'on ne puiſſe le retrouver*, *il convient de l'exprimer dans la quittance.*

* apocha.

Du change manuel. §. DCLV. L'échange de l'argent contre l'argent, ſous quelque condition qu'il ſe faſſe, s'appelle vulgairement *change*, & l'on appelle en particulier *change manuel*, l'échange qui ſe fait en eſpece de monnoie contre monnoie, comme ſi l'on donne de la groſſe monnoie contre de la petite. On appelle *changeur*, celui qui tient de l'argent prêt pour l'échanger contre d'autres eſpeces; & l'on appelle l'*agio*, ou le prix du change, ce que le changeur déduit, ou écompte pour l'échange des monnoies. *Si l'on détermine le prix des choſes*, *ou celui des travaux par la valeur extrinſéque de la monnoie*, *& que pour pouvoir faire le paiement plus aiſément*, *on échange une eſpece de monnoie contre une autre*; puiſque c'eſt la même choſe, quelque eſpece de monnoie qu'on donne, *dans le change manuel il ne faut regarder qu'à la valeur extrinſéque des monnoies* (§. DLXXX.). Mais *s'il vous importe d'avoir une monnoie*, *dont la bonté intrinſéque ſoit plus grande*, *que de celle que vous avez*, *& qu'il ne m'importe pas moins de ne pas échanger de la meilleure monnoie contre de*

n'ait pas voulu uſer de moderation ou de condeſcendance. Et ſûrement la précaution n'eſt pas déraiſonnable.

§. DCLIII. (*q*) Cependant comme les circonſtances de la vie ne permettent quelquefois pas qu'on donne l'argent en même temps qu'on reçoit l'obligation, & qu'il peut arriver, que quelqu'un ſoit engagé par ſurpriſe à ſigner un papier, ou à le remettre à celui qui doit lui donner la ſomme qu'elle porte, le Droit Romain a ſagement introduit l'exception de *non numeratæ pecuniæ:* & c'eſt auſſi par des raiſons très-ſages que le Droit Romain a établi, que la cauſe de la dette doit être exprimée dans le papier, par lequel on s'avoue débiteur: car quoi-

de la moins bonne, puisque cette importance peut s'évaluer; *alors dans le change manuel, il faut regarder à la valeur intrinséque*, par conséquent, *l'agio n'est pas illicite.* Comme le changeur, pour échanger l'argent contre de l'argent, doit se priver de l'usage qu'il pourroit, sans cela, faire de son argent, & qu'il doit employer à ce négoce son travail, ou sa peine, & que cet usage, & cette peine peuvent s'évaluer; *il est permis au changeur d'écompter ce que vaut l'usage de l'argent dont il doit se passer, & la peine qu'il doit employer à ce commerce.* Et comme il devra aussi lui-même donner un agio, s'il échange de la bonne monnoye contre de la moins bonne, il peut *aussi* écompter *ce que vaut la différence de bonté intrinséque entre les espéces qu'il faut changer* (§. CCCCLXXIII.). Il faut aussi faire attention, en déterminant la quantité de l'agio, aux autres circonstances accidentelles qui peuvent se rencontrer, & qui peuvent s'évaluer.

§. DCLVI. On appelle proprement *change*, ou aussi *change local*, ou *change par traite*, un contract par lequel on donne de l'argent à quelqu'un, afin que pour un certain salaire il fasse payer ce même argent, un certain jour, dans quelque autre endroit, soit à celui qui le donne, soit à quelque autre. Ainsi dans le change on peut considérer quatre personnes principales, savoir, 1. celui qui donne ou qui *remet* l'argent qu'on doit payer dans un autre lieu; 2. celui qui reçoit cet argent & se charge de le faire payer ailleurs, qui s'appelle le *banquier*, ou le *tireur*; 3. celui qui paye dans un autre endroit, qui s'appelle l'*acceptant*, ou celui sur qui l'on *tire*, & 4. celui à qui l'on paye dans cet autre endroit, ou le *porteur*, „ c'est-à-dire de la lettre de change, dont nous allons parler." Il paroit au reste, qu'une seule personne peut quelquefois en représenter deux; ainsi le tireur peut être le même que l'acceptant; & celui qui remet l'argent dans un endroit le même que celui qui le reçoit dans un autre. On appelle *lettre de change*, la lettre que le tireur écrit à celui sur qui l'on doit tirer, pour qu'il paye l'argent au porteur, & laquelle on donne à celui qui remet l'argent. Mais on appelle *lettre d'avis*, la lettre écrite à la même personne, pour l'informer du contract de change, & lui apprendre comment on la satisfaira à son tour, pour l'argent qu'elle payera au porteur de la lettre de change. Le prix du change sur lequel celui qui remet l'argent a satisfait le tireur, s'appelle la *valeur;* mais la somme d'argent exprimée dans la lettre de change, entant que le porteur doit l'exiger, s'appelle, par rapport à celui qui a compté l'argent, la *remise*, & entant que l'acceptant doit la payer, elle s'appelle, par rapport au tireur, la *traite*; „ c'est-à-
„ dire en d'autres termes, que celui qui compte l'argent, fait la remise d'une
„ certaine somme, & que le tireur fait la traite de cette même somme, ou la
„ tire sur son correspondent." L'utilité de ce contract paroit en ce qu'*au moyen du change, l'argent peut être payé dans des lieux très-éloignés, & reçu en tout lieu, par les voyageurs, en espèces courantes du pays.* Quant à ce qui est de droit naturel, rélativement au change, qui y est soumis comme tous les actes humains, par rapport

Du change proprement dit.

quoiqu'il soit vrai, que naturellement l'obligation n'en a pas pour cela plus de force, & qu'il suffit que la dette ait été validement contractée, pour imposer l'obligation de s'en acquiter, cependant dans la société civile, où les Juges doivent juger de la validité des engagements, l'expression de la cause de la dette, est un des moyens les plus propres à les en instruire; & c'est là la raison pourquoi le Droit Civil exige, que la cause d'une dette soit exprimée, afin qu'on puisse la répéter en justice.

port aux obligations à contracter, aux droits qui en naissent, cela se doit déterminer par ce que nous avons démontré touchant les promesses, la réparation des dommages, l'obligation à ne pas s'enrichir aux depends d'autrui. Ainsi l'on voit tout de suite, que *le tireur est obligé envers celui qui lui a compté l'argent, à avoir soin, que la somme dont on est convenu, soit payée au porteur dans le temps & sur le lieu convenus*, & que *celui qui remet l'argent doit payer la valeur* (§. CCCLXXX.); que *celui sur qui l'on doit tirer, n'est pas obligé à payer au porteur avant que d'avoir accepté la lettre de change*, puisque c'est en l'acceptant qu'il lui promet de payer (ibid.); & que *le tireur est obligé à rendre la valeur du change, & à dédommager celui qui lui a compté l'argent, si celui sur qui on doit tirer, ne paye pas* (§. CCLXXI. CCCCXV.). On peut consulter là-dessus notre grand ouvrage *Part.* V. *ch.* I. (*r*)

Du change sec. §. DCLVII. A l'imitation du change local, introduit par les Négocians pour la facilité du commerce, d'autres ont imaginé *le change sec*, par lequel quelqu'un reçoit d'un autre une lettre de change, pour laquelle on doit payer à lui, ou à quelqu'autre, ayant cause de lui, dans le même endroit, mais dans un certain temps, une certaine somme d'argent dont on est convenu; il est évident que *le change sec ne diffère pas naturellement du contract d'obligation* (§. DCLII.), & qu'ainsi toute la différence qu'il y a entre l'un & l'autre est purement de droit positif.

Du contract d'estimation. §. DCLVIII. On appelle *contract d'estimation*, celui par lequel une chose dont on a fait l'estimation, & qui doit être vendue à un certain prix, est livrée à un autre, pour qu'il la rende ou qu'il en paye le prix, suivant l'estimation qui en a

§. DCLVI (*r*) Je ne vois pas qu'il soit nécessaire de faire mention de salaire dans la définition de la lettre de change. Par exemple, *Titius* à *Londres* doit à *Sempronius* à *Amsterdam* mille livres; & *Sejus* à *Amsterdam* doit à *Cajus* à *Londres* mille livres: *Cajus* a autant d'intérêt à trouver quelqu'un à *Londres*, qui lui fasse tenir les mille livres à *Londres* même, que *Sempronius* en a de trouver quelqu'un qui puisse y recevoir cette somme, de façon que le remboursement s'en fasse à *Amsterdam*; dans ces cas il n'y auroit aucun lieu au salaire. Le salaire n'entre donc pas dans l'essence d'une lettre de change.

Parmi les questions qui se font au sujet des lettres de change il y en a une, sur laquelle je m'arrêterai un moment, parce qu'elle est très importante. On demande si le porteur, en cas que l'acceptant manque de payer, peut en premier lieu s'en tenir à l'acceptant, & agir contre celui-ci à la fin d'acquitter la lettre de change, ou bien s'il doit préalablement renvoyer la lettre de change au remetteur, pour que celui-ci en redemande le remboursement au tireur? Je ne parle point des endosseurs, pour que la proposition soit moins compliquée; & je suppose le cas, que *Titius* ait pris de *Cajus*, demeurant à *Londres*, une lettre de change de mille livres, payable à *Sempronius* ou à ses ordres par *Sejus*, demeurant à *Amsterdam*. *Sejus* accepte la lettre de change, mais refuse de payer à l'échéance, sous prétexte qu'il n'a point des fonds de *Cajus*. On demande si le droit permet à *Sempronius* de contraindre *Sejus* au payement de la lettre de change, avant d'avoir fait la tentative d'être remboursé par *Cajus*, ou bien, s'il doit premièrement tenter d'avoir le remboursement de *Cajus*? Je n'hésite pas de répondre, que les principes du Droit authorisent *Sempronius* à contraindre *Sejus*, à la fin d'acquitter la lettre de change, sans que *Sempronius* soit obligé de renvoyer auparavant la lettre de change à *Titius*, pour que celui-ci tente de se faire rembourser par *Cajus*. La raison en est, que l'acceptation, quoique faite à l'honneur du tireur comme on parle en stile de commerce, contient cependant un engagement envers le porteur, non pas uniquement, comme mandataire du remetteur ou de l'endosseur, mais comme maître & possesseur du billet accepté. Notre Auteur l'indique assez positivement dans son grand ouvrage *P.* V. *C.* I. §. 20. quoiqu'il ajoute au §. 24. que le porteur, en cas que l'acceptant ne paye pas, doit, tout de suite renvoyer la lettre de change. Je dis que je n'hésite pas de répondre, que *Sempronius* a droit d'agir contre *Sejus*, sans qu'il soit obligé de renvoyer préalablement la lettre de change au remettant, parce qu'il me paroit évident, que *Sejus* s'est engagé vis-à-vis de *Sempronius*, non seulement comme mandataire de *Cajus*, mais personnellement: & que l'acceptation étant un engagement personnel de *Sejus* à *Sempronius*, celui-ci doit

a été faite. C'est pourquoi *si celui qui reçoit la chose peut la vendre plus, il gagne le surplus; & s'il veut payer lui-même le prix il n'est pas tenu de la rendre à celui qui la lui a livrée.* D'un autre côté comme il ne peut la vendre moins sans le consentement de celui qui l'a livrée (§. CCCXVII. CXCIX.); *s'il la vend moins, il doit suppléer ce qui manque* (§. CCLXIX. CCCCXXXVIII.). Il paroit au reste par la définition meme, que *le contract d'estimation peut avoir lieu, à l'égard de toutes les choses qui peuvent se vendre.*

§. DCLIX. On dit qu'on *attache le prix à la chose pour la taxer*, quand on l'y attache afin qu'il paroisse à présent, & dans la suite quelle est sa valeur; & l'on dit qu'on l'y attache *pour la vendre*, quand c'est afin que l'on sache à quel prix on doit l'acheter. Ainsi *il faut attacher le prix à la chose pour la taxer, toutes les fois qu'elle doit être restituée dans le même degré de bonté*, comme dans le prêt à usage, & à consomption, dans le dépôt; *& il faut l'attacher pour la vendre, dans le contract d'estimation.* Car *si l'on attache le prix pour taxer une chose qui doit être vendue, ce contract est un mandat* (§. DLI.), *ou un louage de travail* (§. DCXX.); *& si une chose taxée à un certain prix est livrée à un autre, pour qu'il la vende, à condition que s'il en reçoit davantage, l'excès sera partagé, c'est une societé contractée pour cet excès* (§. DCXXXIX.). Les contractants pouvant ajouter au contract quelle loi il leur plait (§. CCCXIV.); *dans le contract d'estimation, ou le domaine peut être transféré à celui qui reçoit la chose, ou celui qui la livre peut le retenir.* *Du prix attaché à la chose pour la vendre, ou pour la taxer.*

§. DCLX. On appelle *constitut*, „dans le Droit Romain" (*), un contract par *Du constitut.*

doit en pouvoir faire usage. Cependant les *Ordonnances* de Louïs XIV. ne confirment pas mon sentiment, non plus que les loix municipales d'Amsterdam de 1676. qui ordonnent, que la lettre de change sera renvoyée d'abord au remettant, pour se faire rembourser du tireur: elles ne donnent aux porteurs le droit d'agir contre l'acceptant, qu'au cas que le remboursement ne se fasse point: les inconvéniens de cette disposition se sont apparemment fait sentir, puisque le Magistrat de cette ville y a dérogé en 1679. par une nouvelle loi municipale, dans laquelle il est dit entr'autres, que le Magistrat n'a eu nullement l'intention de diminuer le droit des porteurs, & de les obliger au renvoi des lettres de change, bien qu'il fut sûr que le tireur eût failli: ordonnant par voye d'interprétation, qu'en cas que le tireur eut failli, & que cela fut suffisamment prouvé, les porteurs ne seroient pas obligés de renvoyer les letrres de change acceptées & protestées, & qu'ils auroient tout de suite contre l'acceptant tels droits qu'ils pourroient avoir contre le tireur; savoir d'exécution personnelle & d'arrêt sur les effets. Il y auroit plusieurs observations à faire sur le sens & l'intention de cette ordonnance; mais comme je dois mettre des bornes à celles que je place ici, je n'en ferai qu'une seule, savoir, qu'on n'y considère le porteur uniquement que comme mandataire du remetteur; or ceci posé, voici la conclusion qu'on en tire: le porteur représente le remetteur, en présentant la lettre de change à accepter: l'acceptant représente le tireur, en l'acceptant: l'obligation contractée par l'acceptant & le droit acquis par le porteur, regardent donc le tireur & le remettant: or cela étant, le droit du porteur & l'obligation de l'acceptant, ne peuvent avoir lieu qu'uniquement dans le cas, où le tireur demeure en défaut de rembourser, puisque par l'acceptation il a assuré le payement ou le remboursement. C'est, si je ne me trompe, le seul raisonnement qui puisse servir de fondement à la disposition de la loi, qui ordonne le renvoi, avant de pouvoir agir contre l'acceptant; mais, autant que je puis y voir, ce raisonnement n'est pas solide: l'acceptant ne représente pas purement & simplement le tireur, ni le porteur le remettant. La commission du tireur est proprement, *payez pour mon compte*, & non pas, *payez en mon nom:* l'acceptant accepte *pour le compte* du tireur, mais non pas *au nom* du tireur: & cela fait une distinction essentielle, ainsi que je l'ai fait voir au §. DLI. L'Acceptant ayant accepté en son propre nom, le porteur a tout de suite droit sur lui: on peut s'en convaincre par ce que j'ai observé aux §. DLI. DLXVIII.

(*) Nous ajoutons ces mots, *dans le Droit Romain*, parce que le mot de *constitut* a un autre sens en François. Voy. *le Dictionnaire Encyclopédique.* R. d. T.

par lequel quelqu'un promet de payer, ou de faire, ce que lui-même, ou un autre devoit déjà payer, ou faire auparavant, sans rien changer à la premiere obligation. Ainsi *par le constitut on confirme une dette propre*, comme, par exemple, si un héritier promet au légataire le payement de son legs: mais *s'il s'agit de la dette d'un autre*, *le constituant prend la dette sur soi, au cas que le débiteur principal ne paye pas*, comme, par exemple, s'il promet de payer le dernier Septembre, à moins qu'avant ce temps-là, Sempronius, qui devoit déjà payer le 4. de Juillet, n'ait payé. Il paroit en comparant les définitions (§. DLXIX.), que *le constitut de la dette d'autrui ne diffère pas naturellement de la fidéjussion:* nous avons dit ailleurs d'où vient cette différence dans le Droit Romain. Il paroit aisément aussi, que *si l'on promet plus que ce qui est dû, au cas que le débiteur principal ne paye pas, on ne constitue pas une dette*, *mais* que *c'est un contract mixte, composé du constitut, & de la donation*, *ou une convention de donation conditionnelle.*

De l'adjoint. §. DCLXI. On appelle *adjoint*, celui à qui on ne doit rien, mais à qui, par la volonté du créancier, on doit, ou l'on peut payer. *Si* donc *l'on paye à l'adjoint, le débiteur est libéré de son obligation ;* mais comme le débiteur n'est pas obligé envers lui, *l'adjoint ne peut contraindre le débiteur à payer*, *mais il peut seulement recevoir le payement qu'on lui offre volontairement.* Et meme *le débiteur peut payer* aussi *au créancier; si cependant il s'est obligé à payer à l'adjoint*, & qu'il manque à son obligation, *il est tenu envers le créancier*, *pour ce qu'il lui importe que la dette n'ait pas été payée à l'adjoint* (§. CCCCXV.); car on peut adjoindre un autre pour le payement, en faveur du créancier, aussi-bien que du débiteur. Au reste comme en adjoignant un tiers, on ne change pas l'obligation du débiteur, *on peut*, *dans le constitut*, *adjoindre un tiers qui n'étoit pas adjoint dans la premiere obligation* (§. DCLX.), *& l'on peut adjoindre quelqu'autre que celui*, *qui avoit été adjoint dans la premiere obligation*, par conséquent, *on ne peut alors payer à l'adjoint de la premiere obligation.*

Du contract institoire. §. DCLXII. Nous appellons *contract institoire*, celui par lequel quelqu'un charge un autre de l'administration générale de quelque négoce lucratif, ou le prépose à ce négoce. J'appelle *négoce lucratif*, celui que l'on fait pour gagner. L'on appelle *instituteur*, *commis* ou *facteur*, celui qui est préposé à l'administration, ou qui en est chargé; & celui qui l'en charge s'appelle le *préposant.* Comme les Romains avoient accoutumé de préposer à leurs affaires, leurs esclaves ou leurs fils, qui étoient en leur pouvoir, il n'est fait aucune mention dans le Droit Romain de contract institoire: il y est parlé seulement d'instituteur, ou de facteur, & d'action institoire, „ c'est-à-dire, celle qu'on peut intenter contre le préposant pour le fait de son facteur." Cependant soit qu'on ait été préposé par convention ou non, les droits & les obligations qui naissent de ce que quelqu'un

§. DCLXII. (*s*) Dans les remarques que j'ai faites au §. DLI. j'ai montré que l'obligation, qui resulte du fait de celui, auquel on a commis quelque chose à faire, prend sa source dans le caractère représentatif de celui-ci, & qu'en vertu de ce caractère représentatif, ce n'est pas proprement celui qui agit qui contracte une obligation, mais celui, par lequel il a été chargé de faire une chose, si c'est au nom de celui-ci qu'il se présente & qu'il agit. Ce caractère représentatif est encore le fondement de tous les droits, & de toutes les obligations qui naissent par le fait d'un facteur, entre celui qui l'a préposé à quelqu'affaire, & ceux avec lesquels il a agi, pour les choses relatives au commerce dont il a la gestion Notre Auteur le fait sentir, en disant, que le facteur, comme tel, agit *au nom* de celui qui l'a préposé: or *agir au nom d'un autre*, c'est le représenter dans ce qu'on fait en son nom: conséquemment c'est en vertu de ce caractère

qu'un a été préposé, sont les mêmes. Il paroit au reste, que l'institeur ou le *facteur est obligé d'administrer le négoce, & le préposant de lui donner droit à tous les actes nécessaires pour cela, à moins qu'on ne soit convenu spécialement, que certaines choses ne se feroient point sans le consentement du préposant*; ainsi le facteur ne doit point passer les termes de la convention. On dit que le facteur *fait comme facteur*, tout ce qui se fait à cause du négoce auquel il est préposé, ou ce sans quoi il ne peut l'administrer. Ainsi *tout ce qu'il fait comme facteur, il le fait au nom du préposant*, par conséquent, *toutes les fois qu'il a eu à faire avec un tiers*, il est clair qu'*il a agi comme facteur, si l'acte appartenoit proprement au négoce, autrement il faut qu'il dise expressément qu'il agit comme facteur, à moins que l'autre n'en soit déjà instruit d'ailleurs*. Delà il suit encore, que *le facteur, en contractant comme facteur, oblige non soi-même, mais le préposant, envers les autres; & les autres, non envers soi, mais envers le préposant*; que *si le préposant a spécialement obligé le facteur à ne point faire du tout certaine chose, ou à ne la pas faire sans son consentement, il faut qu'il en instruise ceux envers qui il doit s'obliger en contractant par le moyen du facteur.* Mais comme *le facteur* ne peut engager le préposant, à moins que d'agir comme facteur, *s'il contracte en son propre nom, quand même ce seroit pour le négoce dont il est chargé, il oblige envers les autres, non le préposant, mais soi-même.* Comme cependant, personne ne doit devenir plus riche de la chose d'autrui (§. CCLXXI.); *le préposant est tenu par le contract fait à cause du négoce, pour autant qu'il en est devenu plus riche.* Et comme c'est le négoce du préposant que le facteur administre en son nom, *c'est pour le compte du préposant qu'est le gain, ou le dommage provenu du négoce* (§. CCLXXI. CCXLIII.), *pourvû que le dommage ne soit point causé par la faute du facteur, pour laquelle au reste il est absolument responsable* (§. CCLXX.). Enfin comme le *facteur* est obligé d'administrer, avec toute la diligence possible, le négoce auquel il est préposé (§. XXI.) il *ne peut faire pour son compte un négoce qui tourneroit de quelque façon que ce fut au préjudice du maitre; sans cela, il peut le faire.* Et comme le droit du facteur s'éteint, *lorsque son emploi finit; il ne peut* après cela *rien faire comme facteur, qui soit valide, sans le consentement exprès, ou tacite du maitre*, qui lui permette, par exemple, d'administrer encore ses affaires; par conséquent, puisqu'alors le dommage, s'il en arrive, est causé par dol, ou par la malice du facteur (§. XVII.), *s'il resulte du dommage de quelque acte, ou de quelque contract du facteur, il est obligé de dédommager le maitre* (§. CCLXX.); *& il est tenu envers celui, avec qui il contracte malicieusement, pour tout ce que les intérêts de celui-ci en peuvent souffrir* (§. CCCCXV.). D'où il suit naturellement que, *si le maitre congédie le facteur avant que son emploi soit fini, il doit en avertir incessamment ceux avec qui il a à faire.* (*s*)

§. DCLXIII.

ctère représentatif, & non par la raison qu'ULPIEN allegue *l.* I. *ff. de inst. act.* & sur laquelle je me suis expliqué au §. DLI. que celui qui contracte avec un préposé, commis ou facteur, acquiert sur celui qui a préposé un droit pour l'accomplissement de l'engagement; & d'un autre côté, puisqu'un commis, ou un facteur, ne représente son principal, que dans les choses qui ont été commises à sa gestion, & qu'il ne peut le rendre responsable de son fait, que dans les choses dans lesquelles il le représente, il est tout simple qu'un facteur, commis, agent, ou tel autre préposé qu'on voudra, ne lie son principal, que par rapport aux affaires dont il a la gestion, & c'est par là qu'il faut rendre raison de ce qu'ULPIEN dit *l.* 5. §. II. *ff. de inst. act.* où nous lisons: *Non tamen omne quod cum institore geritur, obligat eum, qui præposuit, sed ita, si ejus rei gratia, cui præpositus fuerit, contractum est, id est, duntaxat ad id [ad] quod eum præposuit:* & des conséquences

De plusieurs facteurs préposez au même négoce.

§. DCLXIII. *S'il y a plusieurs facteurs*, comme aucun d'eux n'a plus de droit que le maitre du négoce, ou le préposant n'a voulu lui en conférer (§. CCCXVII.); *c'est par les conditions suivant lesquelles on les a préposés, qu'il faut juger des obligations de chacun, & du droit qui leur appartient, par rapport à l'administration du négoce.* Comme cependant chacun d'eux est obligé d'écarter tout dommage de son maitre (§. CCLXIX.), *si l'un d'eux voit un autre faire quelque chose qui tende au dommage*

ces que le même Jurisconsulte tire de cette proposition : *proinde si præposui ad* mercium distractionem *tenebor nomine ejus ex empto actione. Item si forte* ad emendum [eum] præposuero, *tenebor duntaxat ex vendito. Sed neque, si ad* emendum, *& ille* vendiderit: *neque si ad* vendendum, *& ille* emerit : *debebit teneri: Idque* CASSIUS *probat.* C'est encore parce que l'on tient celui, qui a été préposé à la direction de quelque affaire, pour représentant de celui qui lui en a donné la gestion, qu'il est reputé agir au nom de son maitre ou principal, dans tout ce qui a trait à l'affaire qui à été commise à sa gestion, à moins que son maitre n'ait fait prévenir le public du contraire, comme notre Auteur l'enseigne, & comme nous le trouvons établi dans le passage de la *l.* 11. §. 2. *eod.* où ULPIEN dit, *sed si quis nolit contrahi;* PROHIBEAT, *cæterum qui præposuit, tenebitur.* Quoique les Romains, accoutumés à préposer des fils ou des esclaves à des affaires de commerce, doivent naturellement avoir été portés à accorder directement contre le principal ou maitre toute action, qu'un tiers pouvoit acquerir par le fait du commis, il semble pourtant, qu'ils ont senti, que ce ne pouvoit être là le véritable fondement du droit acquis, ou d'une obligation contractée par le fait d'un commis, puisqu'ils ont même adjugé l'action directement contre le principal, bien que le commis fut homme libre: ils ont compris que l'état d'esclavage, de servitude, ou de liberté, ne changeoit rien à la nature de l'acte, dont les obligations & les droits resultent; ainsi que PAPINIEN le remarque *l.* 19 *ff. de instit. act.* où nous lisons au §. 1. *Si dominus, qui servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit, post libertatem quoque datam idem per libertum negotium exercuit,* VARIETATE STATUS NON MUTABITUR PERICULI CAUSA. Avec tout cela pourtant ils n'ont pas, ce me semble, saisi le véritable principe d'où ces droits & ces obligations doivent proprement être déduits, vû qu'ils n'accordoient pas l'action également au principal contre le tiers, mais uniquement au préposé, s'il étoit homme libre, ce qui repugne manifestement à la nature de l'acte, que fait un préposé ou commis en sa qualité de préposé ou de commis; j'en ai donné la raison dans la note au §. DLI. & je ne crois pas devoir la repeter ici. J'observerai seulement, par rapport à l'action d'un tiers contre le commis, que cette doctrine du Droit Romain paroit avoir été adoptée par quelques Auteurs, & que d'autres se sont raprochés des principes du Droit Naturel; ainsi qu'on peut le voir dans les Comment. de VOET *ad t. ff. de inst. act. n.* 6. & qu'il est généralement reconnu, que le droit contre le tiers étant acquis au maitre ou principal, celui-ci a aussi droit de poursuivre l'action, qui en resulte directement, en son propre nom. Je dois observer encore, que nous ne trouvons nulle part dans le Droit Romain une idée ou notion distincte de ce qu'est proprement un contract institoire, & que la définition que notre Auteur en donne, répond parfaitement aux idées que les Jurisconsultes Romains s'en sont faites, comme on peut le voir aux *ll.* 16. & 18. *ff. de instit. act.*

§. DCLXIII. (*t*) Il resulte de ce que nous avons dit dans la note sur le paragraphe précedent, que par raport à celui qui agit avec un préposé, il est indifférent qu'il y en ait un ou plusieurs, puisque chacun des préposés représente le préposant, à moins qu'il n'ait notifié qu'il n'a donné charge qu'à tous ensemble.

Cette proposition est également simple & évidente, mais comme les hommes aiment à se faire illusion, lorsqu'on est appellé à appliquer les vérités de Théorie à la Pratique, il ne sera pas tout-à-fait inutile que je fasse remarquer l'influence que la regle, que je viens d'énoncer, peut avoir sur des cas qui, à ne considérer les choses que superficiellement, paroissent en pouvoir refuser l'application. Je dis que par rapport à celui qui agit avec un préposé, commis ou facteur, (n'importe de quel nom on se serve, pour désigner celui qui agit au nom & pour le compte d'autrui) il est indifférent qu'il y ait un seul ou plusieurs préposés à une même affaire, à moins que le contractant, ou celui qui a préposé, n'ait notifié qu'il n'a donné charge, qu'à tous ensemble & en corps. Posons à présent un cas: que *Titius* & *Sempronius*, comme Executeurs d'un Testament, soient dans l'obligation de vendre une partie de marchandises publiquement à l'enchère; qu'il y ait dans l'endroit, où cette vente doit se faire, une ordonnance, ou loi municipale, qui ne permette pas à *Titius* & *Sempronius* de faire eux-mêmes cette vente, & que pour la faire ils soient obligés de la remettre à des personnes préposées, & constituées par le Magistrat du lieu pour cet effet. Il est sensible que cette ordonnance

mage du maitre, il doit l'avertir à temps. Si plusieurs sont préposés à la négotiation de manière qu'ils doivent l'administrer en commun, comme alors tous représentent une seule personne; *tous sont responsables pour leur part, pour le fait d'un seul, à moins qu'un seul n'ait fait quelque chose frauduleusement, en cachette des autres*, puisqu'on ne peut imputer une ignorance invincible (§. XXXIV.); comme aussi il est évident, que *celui qui a contredit les autres, n'est pas responsable pour leur fait.* (*t*)

§. DCLXIV.

nance rendra le Magistrat mandataire de *Titius* & de *Sempronius*; & que ceux qui seront établis en office par le Magistrat, pour soigner les différents departements de ces ventes, seront des préposés, des commis, ou des facteurs: *Institores*, suivant l'expression latine. Soit donc *Cajus* établi pour recevoir les payements des Acheteurs, & les remettre à *Titius* & *Sempronius*: que *Lucius* ait la commission d'écrire sur le regître les effets mis en vente, les prix d'achat, & le nom des acheteurs, & ce que d'ailleurs les ventes exigent qu'on notte: que *Junius* ait chargé d'exposer les effets, de les mettre à l'enchère, & de donner à *Lucius* le nom du dernier encherisseur; il est clair que dans tous ces différents actes, ces divers personnages représenteront chacun dans leur département le Magistrat, qui les aura constitués en office, de la même façon & sur le même pied, que dans des affaires de commerce, tous les employés d'un Négociant représentent leur maitre dans les départements, auxquels ils auront été préposés: supposons maintenant, que *Sejus* soit venu à une pareille vente; qu'après avoir fait différents achats, il soit le dernier encherisseur pour quelque effet, pour un tableau, par exemple; que *Junius*, au lieu de donner le nom de *Sejus* comme dernier enchérisseur, donne celui de *Decius*, & que *Lucius* s'y conforme, au lieu de notter l'achat au nom de *Sejus*: supposons encore, qu'il ne soit pas fait mention dans l'ordonnance municipale, lequel des personnages préposés à ces sortes de ventes publiques, sera la livraison des marchandises achetées, & que *Cajus* prétende n'y être pas tenu: que *Sejus*, interpellé & appellé en justice par *Cajus*, pour le payement des achats qu'il a faits à la vente & qu'on lui a livrés, exige à son tour de *Cajus*, que celui-ci lui livre le tableau pour lequel il a été le dernier enchérisseur, offrant en même temps d'en payer le prix d'achat: on demande si *Cajus* peut refuser d'entrer en discussion avec *Séjus* sur l'action que celui-ci intente contre lui, par la raison qu'ayant été uniquement préposé à la vente pour faire la recette des deniers, afin de les remettre à *Titius* & *Sempronius*, on ne peut s'en prendre à lui pour la livraison des effets vendus: ou bien si *Cajus* est obligé, soit de se défendre contre l'action de *Sejus*, soit d'y satisfaire? Cette question, sur laquelle on n'auroit, ce semble, jamais dû former de doute, & qui cependant a fait la matière d'un procès, me paroit se décider très-naturellement par les principes exposés ci-dessus. Car si *Cajus* représente dans sa commission le Magistrat, comme mandataire de *Titius* & *Sempronius*, en leur qualité de vendeurs des marchandises, il le fait aussi en exigeant de *Séjus* le payement des effets vendus & livrés à celui-ci: il s'annonce donc, comme représentant le vendeur, soit directement soit indirectement, avec lequel *Séjus* a contracté; conséquemment *Séjus* peut faire valoir vis-à-vis de lui en sa qualité de représentant du vendeur, tous les droits acquis sur le vendeur, attendu qu'un vendeur entant que vendeur n'admet point de division, comme les Jurisconsultes Romains l'ont très-bien remarqué: ainsi qu'on peut s'en convaincre par la maxime que j'ai citée dans la note au §. DCXLVIII. *ne in plures adversarios distringatur, qui cum uno contraxerit: l.* 2. *ff. de exerc. act.* & qu'on trouve encore alleguée dans un autre passage du même Jurisconsulte, *l.* 27. §. 8. *ff. de peculio.* & dont PAPINIEN se sert dans une autre occasion *l.* 12. *ff. rem pup. Si plures fidejussores a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in unum dandam actionem: ita ut ei, qui conveniretur, actiones præstarentur.* ULPIEN l'employoit dans une autre occasion, en y ajoutant une reflexion qui en fait sentir toute l'équité: *Si tamen plures fidejussores defendere fuerint parati: videamus, utrum unum defensorem debent dare? An vero sufficiat, ut unusquisque eorum pro parte sua defendat, vel defensorem substituat? Et magis est, ut, nisi unum dent procuratorem, desiderante scilicet hoc actore, committatur stipulatio ob rem non defensam. Nam & plures heredes* [*rei*] *necesse habebunt unum dare procuratorem, ne defensio per plures scissa, incommodo aliquo adficiat actorem.* Malgré l'évidence de ces vérités, on a trouvé à les contester, non pas en les combattant directement, mais en faisant valoir les embarras dans lesquels pourroit se trouver, celui qui de cette façon seroit préposé à recevoir les payements d'une vente publique, pour les remettre aux vendeurs. Je ne m'arrêterai pas à refuter l'absurdité qu'il y a de soutenir, qu'on peut être authorisé à contraindre un acheteur à satisfaire à un achat, sans être chargé de l'obligation de remplir l'engagement du vendeur; le moindre écolier doit en être convaincu, & il ne faut que le bon sens pour le sentir; je n'insisterai.

En quoi le contract de facteur s'accorde avec le mandat, & le contract de louage.

§. DCLXIV. *Le contract de facteur a ceci de commun avec le mandat, qu'on y commet à un autre le soin de gérer quelque affaire; & avec le contract de louage, en ce qu'on y paye un salaire pour un travail*, comme on le voit en comparant les définitions (§. DLI. DCXX. DLXII.). On voit par là jusqu'à quel point on peut appliquer à ce contract, ce que nous avons démontré touchant le mandat & le contract de louage. (*u*)

Du contract exercitoire.

§. DCLXV. Nous appellerons *contract exercitoire* (*), celui par lequel on donne à quelqu'un la disposition d'un vaisseau, le droit de le louer, par exemple, d'y transporter des passagers, des marchandises, &c. Nous appellons *exerciteur*, celui qui prépose un autre au vaisseau, soit qu'il en soit le maitre, soit qu'il l'ait loué pour en disposer à son gré (†); celui qui est préposé à la conduite du vaisseau s'appelle *le maitre du vaisseau* ou le *patron* (*). Puis donc que le maitre du vaisseau, ou le patron represénte *l'exerciteur*, celui-ci *est censé faire, ce que fait le maitre*, ou le *patron*, *& lui avoir conferé le droit à tous les actes nécessaires pour disposer du vaisseau.* Et comme l'exerciteur peut préposer le maitre aux conditions qu'il lui plait (§. CCCXII.); *si le maitre a été préposé sous de certaines conditions, c'est par là qu'il faut juger de son droit.* On dit au reste, que le maitre du vaisseau *agit au nom de l'exerciteur*, dans tout ce qu'il fait pour l'emploi du vaisseau, auquel il est préposé. De plus puisqu'il peut être regardé comme un institeur, ou un facteur, par rapport à l'emploi du vaisseau, on peut aussi lui appliquer aisément, tout ce que nous avons démontré au sujet du facteur, & il n'est pas besoin d'en parler en détail. (*x*)

Des matelots.

§. DCLXVI. On appelle *matelots*, ou *nautonniers*, ceux qui sont dans le vaisseau simplement pour faire la manœuvre; puisqu'ils n'ont aucun droit de contracter au

rai pas non plus sur l'illusion de ceux qui s'imaginent, qu'un vendeur, comme tel, peut être moralement divisible, parce qu'ils voient physiquement que les différents actes physiques, qui concourent à faire le contract de vente, peuvent être confiés à différentes personnes; j'observerai seulement que celui, qui par son office se trouve mis dans des embarras, doit s'en prendre à celui, ou à ceux qui en sont la cause; & qu'il est très peu équitable & même indécent d'alléguer de pareilles raisons contre un acheteur.

On forme sur ce cas une autre question, savoir si *Séjus* est obligé de démêler avec *Decius*, qui des deux est proprement l'acheteur, ou s'il suffit que *Séjus* le prouve vis-à-vis de *Cajus*? Si l'on suppose que dans les ventes publiques, qui se font à l'enchère, il ne se fait qu'un seul contract, savoir un contract de vente & d'achat entre celui qui vend & celui qui offre le plus haut prix, il resultera des raisons que j'ai données ci-dessus, que *Séjus* n'a rien à demêler avec *Decius*, & que c'est *Cajus*, représentant du vendeur, qui doit démêler avec *Séjus*, s'il est véritablement acheteur ou non, attendu que c'est à *Cajus* à savoir avec qui il a contracté; mais si l'on suppose qu'il se fait un contract tacite, entre tous ceux qui viennent se présenter comme acheteurs, & qu'ils s'obligent par ce contract qu'en cas de dispute, ils prouveront mutuellement l'un contre l'autre, qu'ils sont derniers enchérisseurs, en ce cas on peut dire, que *Séjus* seroit obligé de démêler avec *Decius*, qui des deux est l'acheteur. Quoique cette supposition ne soit pas entièrement destituée de raison, j'estime neanmoins, qu'on ne pourra guères la concilier avec la nature des ventes qui se font à l'enchère, & qu'il y auroit de grands inconvénients à l'admettre dans un pays, dont la force & la richesse consistent uniquement dans la sûreté du commerce, dans un pays qui doit toute son opulence au flux & reflux continuel de ventes & d'achats qui s'y font, & où l'on est intéressé plus que par tout ailleurs, à ne pas voir multiplier les incertitudes & les procès, sur tout ce qui tient aux ventes publiques. Qu'en seroit-il, par exemple, de celles qui se font par ces immenses compagnies de commerce, comme sont les compagnies des Indes, celles du Levant, & autres; si les courtiers, ordinairement employés à faire les achats, devoient disputer entre eux qui d'eux auroit fait tels ou tels achats, pour, cette question décidée, aller disputer contre un des préposés à la vente, si c'est à lui ou à un autre qu'il doit

au sujet du vaisseau, *l'exerciteur*, *ni le maitre ne peuvent être obligés par le contract des matelots.*

Des contracts, &c. je donne pour que vous donniez, je donne pour que vous fassiez, je fais pour que vous fassiez.

§. DCLXVII. Tous les contracts onéreux peuvent être réduits à trois sortes; savoir au contract, je donne pour que vous donniez, je donne pour que vous fassiez, & je fais pour que vous fassiez (§. CCCCLXVIII.). Sous ces contracts sont donc compris, comme des espéces particulieres, tous ceux dont nous avons parlé jusqu'ici, dont l'usage revient tous les jours. S'il se présente quelques autres espéces de contracts, on peut établir les regles qu'il y a à observer à leur sujet par la nature des contracts, je donne pour que vous donniez, je donne pour que vous fassiez, je fais pour que vous fassiez. Nous devons donc expliquer ce qu'il y a à observer touchant ces contracts, selon le Droit Naturel; car nous avons expliqué ailleurs, pourquoi le Droit Romain s'en écarte, en avertissant que la différence entre les contracts nommés & innommés, est purement de Droit Romain, not. sur le §. 879. *Part.* IV. & sur le §. 145. *Part.* V. du Droit Naturel. Les hommes ayant droit d'obliger les autres, envers eux-mêmes, à certaines prestations (§. XLVII.), & ne pouvant s'obliger autrement qu'en promettant (§. CCCLXXX.); *aussitôt qu'ils se sont déclaré leur volonté de donner ou de faire les uns pour les autres, le contract est achevé* (§. CCCLXXIX. XCVII.); par conséquent, *les contracts je donne pour que vous donniez, je donne pour que vous fassiez, je fais pour que vous fassiez, s'achevent par le consentement mutuel* (§. XXVII.). C'est pourquoi, *si l'on donne ou fait d'abord ce dont on est convenu, le contract est exécuté, aussitôt qu'achevé.* Et comme, dès que le contract est achevé, ce qui dépendoit auparavant de la volonté, devient à présent nécessaire (§. XCVII.), *les contracts, ou les conventions sont une dette parfaite, de ce qui étoit dû imparfaitement, ou qui étoit de*

doit s'addresser pour les achats; tandis que les Négociants ayant pris & donné des commissions, se feroient déjà engagés à fournir les marchandises, dont la vente feroit naitre ces différents procès? Si un peuple a intérêt que la bonne foi se conserve intacte dans toutes les affaires, & sur-tout dans celles de commerce, n'est-il point particulièrement intéressé à ne la pas voir violer dans des ventes publiques, qui se font sous l'autorité du Magistrat? & tout Tribunal n'est-il pas engagé par état à prévenir les atteintes qu'on pourroit y porter?

§. DCLXIV. (*u*) Il paroit par ce que j'ai observé sur le §. DLI. & sur le §. DCLXII. qu'il n'y a entre le mandat & le contract institoire aucune différence essentielle, parce qu'il n'est pas de l'essence du mandat, qu'on s'en charge gratuitement, ou en stipulant une recompense. En prenant le mot de *mandat* pour signifier un contract, par lequel on se charge d'exécuter une chose pour le compte & au nom d'autrui, de quelque nature que puisse être l'affaire dont on se charge, le contract institoire sera une espèce de *mandat*, affecté particulièrement à la gestion d'un commerce.

(*) C'est ce qu'on appelle sur l'Océan *afrétement*, & sur la Méditerranée *nolis* ou *nolissement.* R. d. T.

(†) S'il en est le maitre on l'appelle le *fréteur*, s'il la loué d'un autre on l'appelle *l'afréteur.* R. d. T.

(*) Le mot de *maitre* est usité sur l'Océan, & celui de *patron* sur la Mediterranée. R. d. T.

§. DCLXV. (*x*) Le caractère représentatif est encore dans ce contract la source des obligations & des droits, qui naissent, par le fait du patron de navire, entre ceux qui contractent avec lui & ceux qui ont frêté le navire. Notre Auteur le fait sentir & remarque sur la fin de ce paragraphe, qu'il est facile d'appliquer à ce contract ce qui a été démontré par rapport au contract institoire. Cependant il y a cette différence entre un contract exercitoire & un conrract institoire, que la nécessité, dans laquelle un patron de navire se trouve souvent de prendre des engagements, lie plus particulièrement ceux qui l'ont préposé, même par rapport à des cas qui n'auroient pas trait directement à la conservation du navire, que ne le peuvent faire des engagements, pris par un commis, facteur, ou préposé à des affaires de commerce.

de ſimple devoir, *ou naturellement permis* (§. XLIX. LXXX.); ou bien *ils rendent illicite ce qui étoit naturellement permis* (§. XLIX.), ſi l'on s'oblige à ne pas faire, ce qu'il étoit permis de faire. Mais comme perſonne ne peut ſe diſpenſer d'une obligation naturelle (§. XLII.); *ce qui eſt naturellement illicite*, *ne peut devenir permis.* Comme il dépend encore de la volonté de chacun de transférer ſon droit à un autre, comme il lui plait (§. CCCXIV.) *il dépend de la volonté des contractants*, *de convenir comme ils le veulent*, *ſur leurs preſtations mutuelles*, *& il faut s'en tenir à ce dont on eſt convenu* (§. CCCCXXXVIII.). Et comme toute fraude ſoit de deſſein, ſoit d'évenement eſt illicite (§. CCLXXXVI.); *dans les contracts je donne pour que vous donniez*, *je donne pour que vous faſſiez*, *je fais pour que vous faſſiez*, *il ne faut frauder aucun des contractants.*

Fin du Tome premier.



INSTITUTIONS DU DROIT DE LA NATURE ET DES GENS,

Dans lesquelles, par une chaîne continue, on déduit de la NATURE même de l'HOMME, toutes ses OBLIGATIONS & tous ses DROITS.

Traduites du Latin de Mr.

CHRISTIAN L. B. DE WOLFF,

Conseiller Privé de S. M. le Roi de Prusse, & Chancellier & Doyen de l'Université de Hall.

PAR MR. M***.

Avec des NOTES, dans lesquelles on fait voir la solidité des principes de l'Auteur; l'application de ces mêmes principes au Droit Public, Civil & Romain; & l'utilité qu'on peut sur-tout en retirer, pour juger les causes rélatives au Commerce & à la Navigation:

PAR

MRE. ELIE LUZAC,

Docteur en Droit & Avocat à la Cour de Hollande, *de* Zélande *& de* West-Frise.

TOME SECOND.



A LEYDE,

Chez ELIE LUZAC, MDCCLXXII.

TABLE
DES
PARTIES ET DES CHAPITRES,
Contenus dans le
TOME SECOND.
Suite de la SECONDE PARTIE.

TROISIEME PARTIE.
DE L'EMPIRE ET DES OBLIGATIONS, ET DES DROITS QUI EN NAISSENT.
SECTION I.
De l'Empire privé.

SEC-

SECTION II.

DE L'EMPIRE PUBLIC, OU DU DROIT DE LA SOCIETE CIVILE.

QUATRIEME PARTIE.

DU DROIT DES GENS.

INSTI-

INSTITUTIONS DU DROIT DE LA NATURE ET DES GENS.

CHAPITRE XIII.

Des contracts où il entre du hazard. (†)

§. DCLXVIII.

On appelle *contracts aléatoires*, ou *contracts où il entre du hazard*, celui par lequel on fait une convention au sujet d'un évenement incertain, auquel on doit s'en rapporter de part & d'autre : comme, par exemple, si l'on convient d'un prix pour tous les poissons qu'on prendra d'un coup de filet. Ainsi *dans ces contracts, ce qu'on doit donner ou faire, dépend de l'évenement pour l'un des contractants, ou pour l'un & l'autre.* Quoique l'abus du domaine soit naturellement illicite, comme cependant nous devons le permettre tant qu'on ne fait rien contre notre droit (§. CCII.), & que par conséquent on n'y doit pas faire attention dans les contracts ; *on ne doit pas* à la vérité *faire des contracts où il entre du hazard, quand en donnant un domaine, ou en faisant quelque chose, on abuseroit de la liberté naturelle: cependant si on en a fait de tels, ils subsistent par le droit externe.* Et comme dans les contracts onéreux on doit observer l'égalité (§. DLXXXI.), mais que *dans les contracts où il entre du hazard,* il

Des contracts où il entre du hazard en général.

(†) CHAP. XIII. On a vu que notre Auteur, après avoir traité dans le Chapitre XI. des actes bienfaisants, s'est porté à considérer ceux que l'on nomme permutatoires ou contracts onéreux, parce qu'ils supposent une échange de faits & de choses, ou plutôt une échange de droits & d'obligations; maintenant il va parler de ces actes obligatoires, dans lesquels on laisse la décision des devoirs & des droits au sort, & que l'on nomme pour cela *aléatoires*.

Bien qu'il soit très utile de distinguer les différentes actions humaines, afin de pouvoir en traiter avec plus d'exactitude & de précision, cependant il faut bien faire attention, que quoique les différentes circonstances d'un acte humain le rendent souvent *accidentellement* différent, par rapport à des droits & des obligations, qui peuvent en découler; elles ne le rendent pas toujours *essentiellement* différent : que le prix d'achat soit déterminé par les contractants, ou laissé à l'arbitrage d'un ami, ou remis au sort; le contract d'achat n'en changera pas pour cela de nature. En lisant, sur la matiére qui fait l'objet de ce chapitre, ce que PUFENDORF & d'autres Auteurs en ont écrit, on sera charmé de la netteté, de la justesse & de la brieveté avec laquelle notre Auteur l'a exposée.

il ne peut arriver, que par des cas fort rares, & imprévus, que l'on reçoive de l'autre, autant qu'il fait pour lui, *il faut* du moins *que la condition des deux contractants soit la même, c'est-à-dire, qu'il y ait même espérance de gain, & même crainte de dommage*, & par conséquent *que l'intention des contractants soit absolument éloignée de toute fraude* (§. CCLXXXVI.). Au reste *les contracts aléatoires, peuvent aussi être bienfaisants* (§. CCCCLXVI.). (*a*)

Du sort. §. DCLXIX. On appelle *sort*, une chose quelconque de la détermination fortuite de laquelle dépend l'acquisition de quelque autre chose corporelle ou incorporelle. Ou bien, c'est un signe déterminé fortuitement, de ce qui doit nous être acquis. D'où il paroit, qu'*il faut déterminer par le sort, non les choses qui peuvent se faire par des mesures sûres, mais seulement celles dont on ne peut se tirer par là.* Le sort est destiné ou *à choisir*, c'est-à-dire, à déterminer quelle de deux ou plusieurs choses on élira, ou à *assigner* certaine chose à quelqu'un; ou à *partager*, c'est-à-dire, à déterminer quelle portion d'une chose divisée aura quelqu'un. On y ajoute le sort *divinatoire*, par lequel on prétend déterminer ce qui arrivera, ou le prédire. Puisqu'il est certain que les évenements sont déterminés dans cet univers par un enchainement de causes, & que par conséquent le sort lui-même, comme qu'il tourne, est déterminé par ce meme enchainement, *on ne peut attendre du sort la connoissance des évenements futurs*, par conséquent *le sort divinatoire doit son origine à la superstition, il est* donc *contraire à la loi naturelle* (§. CLXXXII).

Du contract où entre le sort destiné à choisir. §. DCLXX. Un *contract où entre le sort destiné à choisir*, est celui où deux ou plusieurs conviennent entr'eux de decider par le sort qui aura une de plusieurs choses, & quelle, ou s'il en aura quelqu'une ou point. *Le sort représente* donc *une personne qui choisiroit*; & comme du contract nait l'obligation (§. DXIV.), *il faut s'en rapporter au sort:* par conséquent *on acquiert tout de suite ce qu'il indique, on n'acquiert rien, s'il n'indique rien.*

Du contract où entre le sort de partage. §. DCLXXI. *Le contract où entre le sort de partage*, est celui où après avoir fait le partage d'une chose commune, on remet au sort la distribution des portions, pour déterminer par son moyen quelle chacun aura. Ainsi *le sort de partage* attribue à chacun le *domaine d'une certaine portion de la chose divisée, & aussitôt que la décision du sort est manifestée, chacun acquiert le domaine particulier de la chose que le sort indique.* On comprend au reste aisément, que *si deux ou plusieurs ont, pour des portions inégales, le domaine d'une chose indivisée, il faut faire autant de portions égales qu'il y a d'unités en tout, dans les nombres qui expriment le rapport des parts de chacun, & assigner à chacun par le sort, autant de ces portions, qu'il y a d'unités dans le nombre qui le regarde*; par exemple, si deux doivent partager, & que le rapport de leur part soit de deux à trois, c'est-à-dire, que l'un doive avoir deux portions, pendant que l'autre en a trois, il faut partager la chose en cinq portions égales, & en assigner par le sort, deux à l'un, & trois à l'autre.

Des contracts où entre le sort destiné à assigner une chose à quelqu'un. §. DCLXXII. *Le contract où entre le sort destiné à assigner une chose à quelqu'un* est celui par lequel on convient, qu'une chose sur laquelle deux, ou plusieurs ont un

§. DCLXVIII. (*a*) Je m'en tiens au sujet de l'égalité d'espérance & de crainte, qui, à ce que l'Auteur prétend ici, doit se trouver dans le contract aléatoire, à ce que j'ai observé au §. DLXXX.

§. DCLXXIII.

un droit égal, sera à celui que le sort indiquera. Puisqu'il faut observer les conventions (§. ccccxxxviii.), *il faut, dans cette sorte de contract, s'en tenir simplement aux termes de la convention.* En effet il est évident, que les contractants peuvent attacher quelle condition il leur plait à ce contract, comme à tout autre (§. cccxiv.).

§. DCLXXIII. On appelle *loterie* ou *blanque* un contract, dans lequel plusieurs personnes achetent en commun certaine chose, ou aussi mettent chacune une certaine somme d'argent, avec cette condition, que le sort décide si quelqu'un aura quelque chose, & quoi, ou s'il perdra sa mise. Puisque la *loterie* est un contract où il entre du hazard, elle *est permise, autant que les contracts, où il entre du hazard, sont permis.* Mais independamment de cela, comme la loi naturelle nous donne droit à ce, sans quoi nous ne pouvons remplir quelque devoir envers Dieu, ou envers les autres (§. xlvi.); *la lotterie est permise par le droit interne, si on la fait dans le but de remplir quelque devoir envers Dieu, ou envers les autres,* „ comme pour appliquer au bien des pauvres, ou de l'Etat u„ ne partie de l'argent qu'on y met," *alors la portion du gain, dont sont convenus les contractants, doit être employée à remplir le but qu'on s'est proposé*, puisque les contracts s'achevent par un consentement mutuel (§. dclxviii.). Mais *si la loterie se fait afin qu'une chose achetée soit assignée par le sort à un seul, il ne faut pas exiger par ce moyen pour la chose un plus grand prix, que celui qu'ont accoutumé de donner d'autres acheteurs, (eu égard cependant aux frais, si le vendeur en doit faire pour cela)*, car il n'y a aucune raison pour laquelle il doive vendre la chose plus cher. (*b*) *De la loterie.*

§. DCLXXIV. Il y a une *autre espèce de loterie* *, peu différente de la précedente, dans laquelle on met dans un vase un certain nombre de billets, les uns écrits, les autres blancs, & l'on achete pour un certain prix le droit de tirer un billet, à condition que celui qui le tire recevra la chose que l'inscription indique. *Le contract est achevé avec chacun en particulier, aussitôt qu'il a payé le prix pour le droit de tirer un billet.* Et comme tous les acheteurs de billets pris ensemble, achetent toutes les choses exposées au sort: *le prix de tous les billets doit être déterminé par le prix de toutes les choses exposées au sort, par l'avantage de pouvoir les vendre toutes à la fois, par les frais de la vente, & par le risque qu'on court de ne trouver plus personne qui veuille contracter*, ou acheter des billets, *si les choses les plus précieuses sortent les premières, & que la plupart des billets laissés soient blancs.* Au reste comme personne ne doit s'enrichir de la chose d'autrui (§. cclxxi.), *les loteries sont illicites, quand on les fait dans la seule intention de gagner.* *Autre espèce de loterie.*

* olla fortunæ.

§. DCLXXV. Un contract analogue à ceux où il entre du hazard, est celui où l'on propose un prix, à condition que quelques personnes se le disputent entr'elles d'une certaine manière, & qu'il soit au *vainqueur*, c'est-à-dire, à celui qui remplira la condition, sous laquelle il est promis. *Celui qui propose le prix contracte avec chacun de ceux qui se présentent, sous la condition qu'ils entreront en lice, & qu'ils vaincront:* par conséquent, *celui qui propose le prix est obligé de le don-* *Du prix proposé à des combattants.*

§. DCLXXIII. (*b*) Notre Auteur oublie les devoirs qu'on se doit à soi-même, en nous faisant observer, que la *Loi naturelle nous donne droit à ce, sans quoi nous ne pouvons remplir quelque devoir envers Dieu, ou envers les autres.*

donner au vainqueur; mais celui qui a contracté avec lui, n'est pas obligé d'entrer en lice, il acquiert seulement le droit d'y entrer (§. CCCXVIII.). Et comme deux vainqueurs représentent une seule personne, parce que *le prix* n'a été promis qu'à un seul, il *est commun, si deux ou plusieurs sont vainqueurs à la fois.*

Des gageures. §. DCLXXVI. *La gageure* * est un contract où il entre du hazard, dans lequel on convient, au sujet d'un événement incertain, dont l'un affirme, & l'autre nie l'existence, que celui qui se trouvera avoir dit vrai, recevra une certaine chose de l'autre. D'où il suit que la *gageure n'est pas valide, si l'un sait certainement „ ce qui arrivera," ou ce qui est arrivé;* & même qu'*il n'est pas permis de dissimuler, ou de taire malicieusement ce qu'on sait* (§. CCLXXXVI.). Comme chacun peut à son gré disposer de son bien (§. CXCV.), & qu'il en faut même permettre l'abus à celui qui ne fait rien contre le droit d'un autre (§. CCII.); *les gageures subsistent par le droit externe.* Comme cependant personne ne doit s'enrichir de la chose d'autrui (§. CCLXXI.); & que les gageures ne se font que pour gagner, par conséquent, pour s'enrichir de la chose ou de l'argent d'autrui, *elles sont defendues par le droit interne.* (*c*)

* *sponsio.*

Des plaisanteries, & des jeux. §. DCLXXVII. On appelle *serieux* tout ce que quelque raison nous presse de dire ou de faire. On appelle *plaisanteries* des discours qui ne sont pas serieux, ou des actions qui leur sont équivalentes, c'est-à-dire, par lesquelles on fait entendre la même chose, que par les paroles. Les autres faits non sérieux s'appellent *jeux.* Ainsi *les plaisanteries & les jeux ne se font que pour s'amuser, ou passer le temps.* Comme il ne faut rien dire, ni rien faire en vain (§ CCCLX.), *les plaisanteries vaines, & les jeux vains sont illicites, mais ils sont permis pour instruire, ou pour corriger les autres* (§. CXXXIV.). Et comme nous ne devons offenser personne (§. CLIV.); *les plaisanteries, par lesquelles on offense les autres, sont illicites.* Un plaisir passager, s'il n'est point nuisible, étant permis (§. CXX.); *s'il n'y a rien dans les plaisanteries qui répugne à quelque devoir, il est permis de plaisanter pour le seul plaisir,* & même *il est permis de jouer pour le seul plaisir.* Enfin comme la loi naturelle nous oblige à éviter les actions indécentes (§. LV.); *il faut* aussi *s'abstenir des plaisanteries indécentes, & des jeux indécents.*

Du contract de jeu. §. DCLXXVIII. On appelle *contract de jeu*, ou simplement *jeu*, un contract par lequel des gens qui jouent ensemble conviennent, qu'un certain gain, déterminé d'un consentement commun, sera pour celui du côté de qui se trouvera certaine condition, ou qu'aussi un certain dommage, ou une certaine perte sera pour celui, du côté de qui se trouvera certaine autre condition. Il y a un *gain principal*, qui appartient à celui du côté de qui, à la fin du jeu ou de la partie, se trouve certaine condition; il y a outre cela le gain que fait celui du côté de

§. DCLXXVI. (*c*) On peut rapporter aux contracts, dont il est fait mention dans ce paragraphe, ces achats & ces ventes simulés qui se font dans les fonds publics. *Sempronius* achete de *Titius* une action dans la Compagnie des Indes d'Angleterre à 250. livres, à fournir & à payer dans six semaines: après les six semaines écoulées le prix des actions est à 240. livres. *Sempronius* au lieu de prendre l'action à 250. liv. donne à *Titius* 10. livres, & continue l'achat sur le pied de 250. ou de 240. liv. ou de quelqu'autre prix, à fournir & à payer dans six semaines. Ce temps écoulé, si le prix des actions se trouve au-dessus de celui d'achat, *Titius* paye le surplus; s'il se trouve au-dessous, *Sempronius* paye ce qui manque. Dans le fonds, ces sortes d'achats & de ventes, ne sont qu'une gageure sur la *hausse* & la *baisse* des fonds publics.

§. DCLXXIX. (*d*) Le contract d'assurance a été inconnu aux anciens, & merite d'autant plus d'at-

de qui, durant le cours de la partie, se trouve certaine condition. Il y a aussi une *perte ordinaire*, c'est celle que souffre celui qui perd ce qu'il a mis au jeu pour le gain principal ; & une *perte extraordinaire*, que souffre le joueur, pendant le cours de la partie, lorsque certaine condition existe. Il paroit aisément, que *ce que nous avons dit des gageures, a lieu aussi par rapport au jeu.* Au reste *s'il faut observer l'égalité dans le jeu, le danger de perdre, & l'espérance de gagner doivent être les mêmes de part & d'autre* (§. DCLXVIII.) ; & *les contracts de jeu sont illicites, dans les cas où les jeux sont illicites* (§. DCLXXVII.), quand même on supposeroit qu'il n'y a rien de vicieux, par rapport au gain, ou si vous voulez au prix, qu'on se dispute.

§. DCLXXIX. On appelle *contract d'assurance*, celui par lequel quelqu'un, pour un certain salaire, ou un certain prix, prend sur soi les risques de marchandises qu'on doit transporter par mer, ou en général se charge d'indemniser pour les cas fortuits. Celui qui prend sur soi les risques dans ce contract s'appelle *l'assureur.* Ainsi *l'assureur s'oblige à indemniser si le cas arrive ; & le maitre s'oblige simplement à lui donner certaine chose, pour les risques qu'il a pris sur soi* : ou, ce qui revient au même, *l'assureur promet d'écarter le danger, le maitre promet pour cela un salaire.* D'où il suit, que *l'assureur doit indemniser le maitre ; & le maitre lui payer le salaire, soit que le cas arrive, ou non.* Puisque le salaire se donne pour qu'on écarte le danger, *le contract est nul, si l'assureur sait que la chose est déjà à l'abri de tout danger, ou si le maitre sait que le dommage est déjà arrivé à la chose qu'il fait assurer.* Dans l'un & l'autre cas on commet une fraude, qui ne doit pas être soufferte (§. CCLXXXVI.). Et comme il faut observer l'égalité entre le soin d'écarter le danger, & le salaire qu'on donne pour cela (§. DLXXX); *le salaire doit être reglé par la grandeur du danger qu'on court, & par la probabilité de l'existence du cas*, par conséquent *il faut taxer la chose avant que de l'assurer.* Comme on peut assurer toutes les choses qui peuvent périr, ou se gâter par quelque cas fortuit, ou que le maitre peut perdre par quelque accident, quoique le contract d'assurance ait proprement lieu entre les marchands, pour le transport des marchandises par mer, il a cependant beaucoup plus d'étendue, & peut se joindre à d'autres contracts, par exemple, au dépôt, *si l'on convient que l'assureur recevra le gain, si la chose parvient en sûreté au lieu de sa destination, c'est-à-dire, si le cas appréhendé n'existe pas ; & que si elle perit, on payera la valeur des marchandises assurées ; il faut dans l'estimation des marchandises assurées, déduire de leur vrai prix, le salaire qu'on doit payer à l'assureur*, sans quoi la condition de celui qui a fait assurer la chose seroit meilleure, le cas existant, que s'il n'existoit pas. (*d*) *De l'assurance.*

§. DCLXXX.

d'attention, qu'il est peut-être, de tous les contracts, celui, dont les principes sont les plus sujets à être mal-entendus & mal-interprêtés. Notre Auteur fait consister ce contract dans un *acte, par lequel quelqu'un prend sur soi l'indemnité de certains cas fortuits, pour un certain salaire ou une certaine recompense* GROTIUS, dans son Introduction au Droit Hollandois, le nomme un contract, par lequel *quelqu'un se charge d'un péril incertain, qu'un autre a à attendre, & qui à son tour est obligé de lui payer pour cela une recompense* : la définition de GROTIUS seroit peut-être plus exactement exprimée ainsi : *l'assurance est un contract par lequel, pour un certain prix, on répond du danger, auquel une chose est ou sera exposée* : d'autres limitent le contract d'assurance aux dangers de la mer, mais à tort : car bien que l'assurance se fasse ordinairement & la plûpart du temps sur les risques de la mer, les hommes n'étant pas si craintifs, par rapport aux autres dangers, il est pourtant visible,

Des contracts maritimes.

§. DCLXXX. On appelle *argent nautique* ou *argent à la grosse* *, celui qui doit être transporté par mer aux risques du créancier; & l'on appelle argent *quasi-nautique* ou *quasi à la grosse*, celui qui doit être transporté par d'autres endroits dangereux, aussi aux risques du créancier. L'usure ou l'intérêt qu'on paye pour l'argent à la grosse, s'appelle *intérêt nautique* ou *à la grosse*, & l'on appelle intérêt *quasi-nautique*, celui qu'on paye pour l'argent quasi nautique. De là un *contract usuraire nautique* est celui, où l'on convient d'un intérêt nautique, & un *contract usuraire quasi-nautique*, est celui où l'on convient d'un intérêt quasi-nautique. On les

* pecunia nautica vel trajectitia.

que la différence de dangers ne change rien à la nature du contract d'assurance. A ne considérer les choses que superficiellement, on ne seroit pas tenté de croire, qu'il est des choses qui ne sont pas susceptibles d'assurance, attendu qu'il n'en est point, qui ne soient d'une ou d'autre façon exposées à quelque danger. Rien pourtant n'est plus vrai: on peut s'en convaincre par *l'Ordonnance de Louïs XIV.* ainsi que par celle de la ville d'*Amsterdam*, & par d'autres.

La définition de l'assurance suppose, qu'une chose est ou sera exposée à quelque danger, mais elle ne se borne pas à cela: elle suppose encore, que si la chose assurée souffre par l'effet du danger, on pourra reconnoitre si le dommage lui est survenu par là, ou bien par quelque défaut de la chose même; & elle suppose, que le dommage pourra être estimé: or il y a bien des choses auxquelles ces suppositions ne quadrent point, & qui par conséquent, quoique susceptibles de danger, ne souffrent pas qu'on les assure. Telles sont, par exemple, les choses qui, par rapport au danger qu'elles courent, dépendent trop de la volonté de celui à qui elles appartiennent, ou qui sont par elles-mêmes trop susceptibles de contracter un vice, & c'est là, si je ne me trompe, la raison des Loix, qui ont été faites pour défendre l'assurance sur la vie, la liberté, les gageures, & plusieurs effets, qui, sur la premiere idée, ne paroitroient pas mériter cette exclusion. L'*Ordonnance de Louïs XIV.* de 1681. touchant la Marine *défend de faire aucune assurance sur la vie des personnes:* l'assurance de la vie est aussi défendue à *Anvers*, en *Frise*, à *Amsterdam*, & en d'autres endroits; on la permet en *Italie*, & notamment à *Florence* & à *Naples*, Dans quelques endroits, il est défendu de faire assurer sa liberté, les paris, les gages des Batteliers, des gens de mer, des gens de guerre, & dans d'autres on le permet. *Tous Navigateurs, Passagers & autres, pourront faire assurer la liberté de leurs personnes*, dit l'Ordonnance de Louïs XIV.

Mr. de Bynckershoek ne paroit point tout à-fait desapprouver les assurances sur la liberté: comment desapprouver, dit-il, comme mauvais & sans effet des actes, que le Souverain semble autoriser par le rachat des esclaves? L'égalité de raison manque. L'acte du Souverain étant posterieur au temps dans lequel on perd la liberté, & ne pouvant influer sur notre volonté dans le temps que notre liberté est attaquée, puisqu'alors l'on ignore, si jamais on pourra se trouver dans le cas d'être racheté, la permission du Souverain ne peut être comparée à un acte anterieur, qui nous rassure sur l'état de liberté. Quand même, dit Mr. de Bynckershoek, il y auroit une loi, qui permit l'assurance de la liberté, je ne voudrois pas en accorder l'action; comme on n'accorde point l'indemnisation des marchandises, qui se corrompent par elles-mêmes. Le raisonnement paroit assez singulier, dans la bouche d'un Président d'un Tribunal. Outre qu'on pourroit, ce me semble, répondre à Mr. de Bynckershoek, que les assureurs s'étant volontairement chargés de ce risque, soit que le dommage survienne par la nature de la marchandise même ou par accident, il n'y a aucun motif de refuser l'action qui en resulte; je ne vois point comment les Juges, (sauf leur serment) pourroient refuser l'action, si la loi autorisoit ces sortes d'assurances; puisqu'il faut supposer, que la loi a prévu les cas, naturellement inséparables de la permission que la loi donne. Je vai m'arrêter un moment à un cas rapporté par Mr. de Bynckershoek, pour faire voir comment les jugements peuvent varier, suivant les principes que les Juges adoptent. „ *Titius* fait assurer son navire & la cargaison, à payer la prime après „ trois mois écoulés. Il cede son navire & la „ cargaison à *Gajus* & fait faillite. Le navire & „ la cargaison arrivent à bon port. Les Assureurs y font mettre arrêt, & intentent action „ contre *Gajus*, pour le payement de la prime. „ Les Juges de Middelbourg condamnent *Gajus.* „ *Gajus* en appelle au Grand-Conseil de Hollande; & y est absous." Tel est le cas exposé par l'illustre Bynckershoek, *Quæst. Jur. Priv. L.* IV. *C.* II. *p.* 538. *de l'éd.* in 4. 1744. & voici comment ce célebre Auteur raisonne sur ce sujet: il importe (dit-il) de bien considérer le fait. Si *Titius* a fait la cession à *Gajus* purement & simplement, l'assurance paroit éteinte par cette cession; *Gajus* n'a acquis aucun titre contre les Assureurs, parce qu'il n'a pas contracté avec eux; *Ti-*

les appelle d'un nom commun *contracts à grosse avanture* ou bien *contracts à la grosse*, ou *à retour du voyage.* (*) Ainsi *l'intérêt nautique, & quasi-nautique doit excéder l'intérêt, qu'on donne pour le seul usage de l'argent, d'autant que vaut le risque qu'on court par le contract;* par conséquent, *l'intérêt nautique & quasi-nautique augmente ou diminue à l'infini, selon la grandeur des risques.* Comme l'argent n'est censé remis au débiteur, qu'aprés qu'il est arrivé en sûreté au lieu de sa destination, *si l'argent périt par quelque accident, on ne doit rien* (§. CCXLIII.), *s'il arrive en sûreté, on doit le capital & l'intérêt* (§. CCCCXXXVIII.). Mais comme le dan-

Titius ne peut non plus agir contre eux, parce qu'aprés la cession il n'y a aucun intérêt. S'il avoit fait la cession, avec toute la cause, & partant avec l'action contre les Assureurs, *Gajus* auroit acquis un droit pour reparation de dommage contre les Assureurs. Il en seroit de même si *Titius* en faisant la cession, eut assuré le navire & les marchandises à *Gajus;* par là *Titius* auroit retenu son droit sur les Assureurs, comme il auroit à son tour conservé l'obligation de leur payer la prime : mais uniquement de part & d'autre par une action personnelle, car il n'y a point ici de gage soit de convention soit de droit.

Que l'on me permette quelques reflexions sur les motifs de décider que l'illustre Président allegue. *Titius*, dit-il, ayant cedé le navire & les marchandises purement & simplement à *Gajus*, l'assurance se trouve éteinte. Je demande pourquoi? L'assurance est un contract bilateral. Comment se peut-il que *Titius* ait le droit de l'annuller? Cela repugne, ce me semble, à toute idée du droit. Que *Titius* cede, vende ou transporte les effets assurés, son contract avec les Assureurs n'en subsiste pas moins, ainsi que son obligation à payer la prime. Mais, dit Mr. DE BYNCKERSHOEK, il n'a plus aucun intérêt aux effets assurés, il ne pourroit donc plus agir contre les Assureurs. Je n'en vois pas la conséquence. Tant que l'obligation de part & d'autre subsiste, l'action subsiste; & jamais il ne fut au pouvoir d'un des contractants d'anéantir un engagement. Il pouvoit renoncer au droit qu'il avoit sur les Assureurs, mais non pas au droit qu'ils avoient sur lui. De plus: si *Titius* cede purement & simplement son navire & sa cargaison à *Gajus*, sans y ajouter le transport de l'assurance, le risque en court pour le compte de *Gajus*; & sûrement ce risque est entré dans le calcul du marché fait entre *Titius* & *Gajus*, de façon que *Titius* n'aura pas reçu la valeur de ces effets, calculés avec l'assurance. Le hazard de perdre ou de gagner par là lui est donc resté: savoir de perdre sa prime, si le navire arrivoit à bon port; celui de gagner la somme assurée, si le navire venoit à périr. *Titius* (dit l'illustre Président) auroit conservé son droit contre les Assureurs, s'il avoit assuré le navire & les marchandises à *Gajus;* je demande par quelle raison il le perd, si *Gajus* préfere d'acquerir le navire & les marchandises sans assurance: l'acte entre *Titius* & *Gajus*, change-t-il l'obligation mutuelle & le droit mutuel, qui subsistent entre *Titius* & les Assureurs.

A la vérité il paroit en quelque façon contradictoire, qu'un Assuré puisse recevoir deux fois la valeur des effets assurés, mais ce n'est qu'une contradiction apparente. *Titius* n'a cedé les effets qu'avec le danger qu'ils courroient, & la probabilité d'arriver à bon port. S'ils y arrivent, il a moins que n'est la valeur de ces effets: 1. ce qu'il les a vendus moins à cause qu'ils n'étoient pas assurés; 2. la prime qu'il a payée ou dû payer. Rien de plus juste donc. que de recevoir plus que la valeur des marchandises dans le cas opposé: car il n'est pas exactement vrai, qu'aprés la vente du navire & de la cargaison, *Titius* n'est plus intéressé à la conservation des effets assurés: cette remarque de Mr. DE BYNCKERSHOEK suppose le principe sur lequel il raisonne, savoir, qu'il n'y auroit plus d'engagement entre *Titius* & les Assureurs; & quand cette remarque seroit juste, elle n'ôteroit pourtant point aux Assureurs l'intérêt, qu'ils ont à ce que le contract fait entre eux & *Titius*, ne dépende pas de la libre disposition de celui-ci.

On ne doit donc pas, ce me semble, chercher des motifs de décider un cas tel qu'est celui, dont nous parlons, dans les raisons que je viens d'exposer: on seroit plus authorisé à les prendre de là, qu'il n'y a qu'une action personnelle entre les Assureurs & les Assurés, qui ne donne aucun droit sur les effets assurés; l'assurance ne donnant aucun droit de gage, ainsi que Mr. DE BYNCKERSHOEK le remarque. D'ailleurs si les Assureurs conservoient leur droit sur les effets assurés, cela feroit une difficulté embarrassante pour le commerce, puisque des marchandises se vendent souvent à différentes reprises, pendant qu'elles sont en route.

(*) C'est ainsi que s'exprime l'*Ordonnance de Louïs* XIV. de l'année 1681. J'ai cru pouvoir hazarder le mot *nautique*, pour n'en avoir qu'un seul qui exprimât ce qui est désigné par *à la grosse & à retour du voyage.*

(*) Ec-

ger cesse, *dès que l'argent de transport est arrivé en sûreté au lieu destiné, l'intérêt nautique*, qu'on donne pour le danger, *cesse* aussi, *& l'intérêt ordinaire en prend la place dès ce temps là.* Mais comme c'est la même chose, si l'on transporte l'argent même par des endroits dangereux, ou si l'argent est converti en marchandises, que l'on transporte par de pareils endroits, il s'ensuit que, *si l'argent prêté est employé à acheter des marchandises, qui doivent être transportées par mer, ou par d'autres endroits dangereux aux risques du créancier, on doit un intérêt nautique, ou quasi nautique.*

De la bomerie. §. DCLXXXI. On appelle *bomerie* (*), ou *prêt sur le corps du vaisseau*, un contract à la grosse, par lequel on prête de l'argent sur le vaisseau même, à condition que le capital soit perdu pour le créancier, si le vaisseau vient à périr, ou s'il n'arrive pas au lieu de sa destination, & que le créancier tirera un profit convenu, si le vaisseau arrive à bon port. Il paroit au reste, que *le patron*, étant obligé à conduire le vaisseau, *peut* emprunter à la grosse, ou *faire un contract de bomerie, s'il a besoin d'argent, de façon que sans cela il ne puisse conduire le vaisseau.* Mais comme ce contract n'est permis au marinier, que dans une extrême nécessité, *s'il a dans le vaisseau ses propres marchandises qu'il puisse vendre, il ne lui est pas permis de faire un contract de bomerie. S'il ne se trouve personne qui veuille prêter à la grosse avanture, & que le marinier n'ait point de marchandises qu'il puisse vendre, il peut vendre d'autres marchandises*, dans une nécessité pressante. (*e*)

Des rentes annuelles, & viagères. §. DCLXXXII. On appelle *rente annuelle*, le droit d'exiger d'un autre chaque an-

(*) Bomerie, vient de *bodem*, qui signifie en Hollandois le fond de quelque vase que ce soit, & par là même désigne la quille du vaisseau, sur laquelle est fait ce prêt. R. d. T.

§. DCLXXX. & DCLXXXI. (*e*) Notre Auteur distingue l'argent donné purement & simplement à la grosse, de celui que l'on donne à la grosse sur le corps & la quille du vaisseau: il a traité dans le §. DCLXXX. du premier de ces deux actes, & dans le §. DCLXXXI. il nous expose le second. On ne peut disconvenir qu'il n'y ait de la différence entre un prêt pur & simple, & un prêt fait sur une chose déterminée; mais cette différence ne change rien, ce me semble, à la nature du contract dit *à la grosse*: le risque dont le prêteur à la grosse se charge est, à mon avis, le caractère distinctif, qui distingue ce prêt usuraire de tout autre prêt usuraire; & par rapport à la nature de ce contract il est indifférent, „ que „ ce prêt se fasse, sur le corps & la quille du „ vaisseau, ses agrez & apparaux, armements & „ victuailles, conjointement ou séparément, & sur „ le tout ou partie de son chargement, pour un „ voyage entier ou pour un temps limité;" ainsi que s'exprime l'*Ordonnance de Louis XIV.* de 1681. Je doute même que les définitions que notre Auteur a données de l'argent à la grosse & du contract à la grosse, répondent à la nature de l'acte qui se fait, en donnant des deniers à la grosse: il semble en premier lieu, que l'argent à la grosse n'est autre chose qu'un argent, donné à transférer par mer au péril du créancier; ce qui sûrement ne répond point à la nature du prêt à la grosse; ce prêt renfermant de la part de l'emprunteur quelque chose de plus, que l'obligation de transférer l'argent: d'ailleurs l'argent qui se donne à la grosse, ne se donne point précisement pour être transporté dans tel ou tel lieu: mais il se donne pour que l'emprunteur en fasse l'usage qu'il jugera bon, moyenant de le restituer avec un usure stipulé, si lui ou ses effets arrivent à bon port, si non que l'argent sera perdu pour le prêteur. GROTIUS définit le *prêt à la grosse* par un *prêt d'argent, dont le risque de mer court à la charge du prêteur. Inl. tot de Holl. Rechtsg. L.* III. *Ch.* II. §. 2. Cette définition me plait davantage, & me satisferoit pleinement, si elle marquoit un prêt fait dans la vue, que celui qui emprunte l'exposera aux risques de la mer. „ *Grosse-avan-* „ *ture* (dit Mr. FERRIERES dans son Dictionnaire „ de Droit & de Pratique) signifie *le prêt qu'on* „ *fait d'une somme d'argent à gros intérêt, comme* „ *au denier quatre, cinq, six, ou autre, à celui qui* „ *va trafiquer au-delà des mers, à condition que, si* „ *le vaisseau vient à périr, la dette sera perdue.*" Je n'ai pas besoin de m'étendre sur cette définition pour en faire voir les défauts. La stipulation de l'intérêt n'est pas ce qui caractérise la nature du contract à la grosse; & ce n'est pas toujours la perte du vaisseau, ni uniquement la perte

année un certain payement; droit établi ou sur la chose de cet autre, ou sur une obligation personnelle. Les rentes annuelles qu'on doit tirer pendant la vie ou de l'acheteur, ou du vendeur, ou de quelque tiers, s'appellent *rentes à vie*, ou *rentes viageres*. Comme on peut acheter des choses incorporelles (§. DLXXXVIII.), *on peut* aussi *acheter & vendre des rentes annuelles & viagéres*; par conséquent, *si l'on achete des rentes viagères, on ne peut, après la mort de celui sur la vie duquel elles étoient assignées, redemander le capital au vendeur*, comme aussi *on ne lui restitue rien, si le payement, tiré jusqu'à la fin de la vie, surpasse le capital donné pour la rente viagère.* On appelle au reste *contract viager*, celui par lequel, on stipule qu'on nous payera une rente viagère, pour un capital donné à quelqu'un, ou un contract par lequel on achete & l'on vend des rentes viagères. *Les rentes viagères doivent être déterminées, par ce que vaut l'usage de l'argent, dont on doit se passer, & par la probabilité de la longueur de la vie.* Et comme il est indifférent, qu'on donne de l'argent, ou des choses qui s'évaluent par de l'argent, *les rentes viagères peuvent aussi consister en fruits, & en autres choses; si c'est en fruits il faut en déterminer la quantité, ou à la mesure, ou à proportion de la recolte de chaque année*; puisque ce qu'on doit payer, doit etre fixé. De là *les rentes viagères* se distinguent en *fructuaires*, & *pécuniaires.*

§. DCLXXXIII. Si dans une mine de métal, considérée comme un tout commun à plusieurs, on conçoit un nombre quelconque de parties égales, chaque portion pareille indivise, s'appelle *portion métallique*, ou *action dans une mine* (*). Celui

Du contract métallique.

perte du vaisseau qui fait perdre au prêteur la somme prêtée. Le Président DE BYNCKERSHOEK nomme le contract à la grosse, *contractum, quo pecunia creditur magistris navium, in exteris regionibus, sive dominis navium & mercium in bis regionibus: ea lege, ut si navis pereat, creditor jus crediti amittat; si salva advenerit in locum destinatum, sors restituatur cum usuris nauticis vel majoribus vel minoribus, ut pro ratione periculi inter creditorem & debitorem convenit.* Mr. le Conseiller SCHOORER applaudit à cette définition, en nommant l'illustre Président *summus definiendi Artifex.* Pour moi, bien loin de souscrire à ce jugement de Mr. SCHOORER, il me paroit que cette seule définition peut servir de preuve, que l'illustre BYNCKERSHOEK a été très-éloigné de posséder l'art de définir. D'abord il n'est pas de l'essence d'un contract à la grosse, que l'argent soit prêté aux patrons de navire, ou aux propriétaires soit du navire soit des chargements; il peut être prêté à un chacun de l'équipage, comme il paroit par l'*Ordonnance de Louis XIV.* & même aux matelots sur leur loyer: la définition est vicieuse encore en ce qu'elle limite la perte du prêt au cas unique, *que le vaisseau vienne à périr: ea lege, ut si navis pereat, creditor jus crediti amittat*; là où elle auroit dû attacher la perte de la somme prêtée à la perte de la chose, sur laquelle le prêt a été fait, ainsi qu'on le lit dans l'*Ordonnance de Louis XIV.* Art. XI. *Tous contracts à la grosse demeureront nuls*, PAR LA PERTE ENTIERE DES EFFETS SUR LESQUELS ON AURA PRESTÉ, *pourvu qu'elle arrive par cas fortuit*, réserve que la définition de Mr. DE BYNCKERSHOEK devroit faire sentir, & qui n'y est pas seulement indiquée. De plus tout ce que Mr. DE BYNCKERSHOEK ajoute, sur la fin de la définition, la fait pécher contre la regle de Logique, qui défend d'y mêler du superflu.

A considérer en quoi consiste proprement le caractère du prêt à la grosse, & ce qui rend ce prêt différent de tout autre, on trouve que son caractère distinctif consiste proprement en ceci: savoir, que ce qui est prêté l'est sous la condition d'un danger de mer, auquel la chose sur laquelle on prête sera exposée, & que le prêteur prend pour son compte. Ce contract est proprement un contract composé d'un contract de prêt & d'un contract d'assurance: & à le bien prendre il faudroit, ce me semble, le définir, par un prêt fait sous la condition, que la chose prêtée, ou sur laquelle le prêt à été fait, subira un danger de mer aux risques du prêteur; c'est ainsi qu'en ajoutant quelques mots à la définition de GROTIUS, on exprimera parfaitement ce que l'on entend proprement par *prêt à la grosse-avanture:* GROTIUS ne parle point d'usure dans sa définition, & il a raison, parce que ce prêt peut se faire sans que le prêteur stipule aucun avantage.

(*) Nous remplaçons par cette expression, le mot

Celui donc *qui a une action dans une mine*, *en a le domaine pour cette partie*, *&*, par conséquent, *il a le domaine sur les métaux qui y sont contenus*, *mais qui doivent être tirés*, *& préparés à frais communs*. Nous appellons *contribution*, ou *fournissement pour les mines*, l'argent que les maitres doivent payer pour tirer & préparer les métaux, & nous appellons *profit des actions* l'excédent de la valeur des métaux sur les frais. *Aussi longtemps* donc *que la valeur des métaux est au-dessous des frais*, *ou qu'on ne tire point de métal*, *il faut faire des fournissements*, *mais si la valeur excede les frais*, *les profits doivent être partagés en raison des actions*, par conséquent *on fait les fournissements dans l'espérance des profits*. *Les actions dans les mines* représentant des portions de mines, qui sont un immeuble, ces actions *doivent être mises au rang des immeubles*; mais comme les métaux appartiennent à la substance de la mine, *les profits des actions ne sont pas des fruits* (§. CXCVIII.). J'appelle *contract métallique*, un contract par lequel on convient d'un côté, que le domaine sur une mine nous est transféré en partie, & de l'autre, que nous serons obligés de tirer & de préparer à nos frais les métaux qui sont, ou qu'on croit qui sont dans la mine (*). C'est pourquoi *celui qui a une action dans une mine peut l'aliéner à son gré* (§. CCLVII.). Mais comme personne ne peut transférer sa chose à un autre, que de la manière dont il l'a lui-même; *celui qui achete une action dans une mine*, *ou qui l'acquiert à quelqu'autre titre que ce soit*, *consent tacitement au contract métallique*. Et comme le maitre peut abandonner sa chose (§. CCIII.); *le maitre d'une action qui ne lui rend rien*, *peut l'abandonner*, *se lassant de payer son fournissement*. S'il a contracté une société métallique, c'est par une autre raison qu'il ne peut abandonner son action, sans le consentement des associés, ou sans mettre quelqu'autre à sa place, qui paye son fournissement. (*f*)

De l'achat d'espérance. §. DCLXXXIV. On appelle *achat d'espérance*, un contract par lequel on convient, que ce qu'on acquerra par un certain acte, où l'événement est douteux, sera à vous, & que vous payerez un certain prix pour cette chose incertaine; ou en moins de termes, l'achat de l'acquisition d'une chose incertaine. *Si* donc *on n'acquiert rien par l'acte au sujet duquel on a contracté*, *l'acheteur ne reçoit rien*, *il est cependant obligé à payer le prix*; *&* d'un autre côté *il n'est pas obligé à payer au-delà du prix convenu*, *quand même ce qu'il acquiert l'excéderoit de beaucoup*. Il paroit au reste que lorsqu'on fait un achat d'espérance, *il faut déterminer le prix par la probabilité de l'espérance de l'acquisition*. Mais comme on n'achete que l'espérance d'acquérir les sortes de choses, qui s'acquiérent ordinairement par l'acte au sujet duquel on est convenu; *si par un cas extraordinaire*, *on acquiert*, *par l'acte au sujet duquel on a contracté*, *quelque chose qui ne s'acquiert pas ordinairement par un pareil acte*, *l'achat de l'espérance n'est pas valide*, par conséquent *on ne paye pas non plus le prix convenu*. (*g*)

Des choses jettées au peuple. §. DCLXXXV. On peut rapporter aux contracts où il entre du hazard, ce qu'on fait *quand on jette au peuple certaines choses*, *dans l'intention qu'elles soient à qui les attrapera*; alors *on transfere le domaine des choses jettées à une personne incertaine*, *savoir à celle qui attrapera la chose*. Il paroit au reste aisément, que *si quelqu'un achete des jets de choses qui seront à qui les attrapera*, *ce contract est un achat d'espérance* (§. DCLXXXIV.).

CHA-

mot *Kuckius*, forgé de l'Allemand, & employé ici par Mr. WOLF. R. d. T.

(*) C'est parce qu'il est incertain si l'on y trouvera du métal, ou quelle quantité on y en trouvera, que ce contract est mis parmi ceux où il entre du hazard. R. d. T.

§. DCLXXXIII. (*f*) Ce que l'Auteur dit dans ce paragraphe, par rapport aux contracts qu'il appel-

CHAPITRE XIV.

Des quasi-contracts. (†)

§. DCLXXXVI. On appelle *quasi-contract*, un accord feint, dans lequel le consentement de l'un est exprimé, & le consentement de l'autre est seulement présumé. Comme donc les contracts se font pour l'utilité; *on ne peut, en contractant, présumer le consentement de quelqu'un, à moins qu'il n'y ait une utilité manifeste pour lui dans le contract.* *Ce que c'est que quasi-contract.*

§. DCLXXXVII.

pelle métalliques, se déduit aisément de la nature d'une société, considérée en général, & peut s'appliquer à toute société formée pour exploiter des carrières.

§. DCLXXXIV. (*g*) On peut lire sur ce paragraphe ce que notre Auteur dit de cette matière, dans son grand ouvrage *P.* v. *C.* II. §. 490. & suiv. ainsi que PUFENDORF, *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* v. *Ch.* v. §. 6. & les notes de Mr. BARBEYRAC.

(†) CHAP. XIV. La marche de notre Auteur le conduit naturellement de la matiere des *contracts* à celle des *quasi-contracts*. L'Empereur JUSTINIEN a suivi le même ordre dans ses *Institutes;* après avoir traité des obligations qui naissent ou qui resultent des engagements formels, que l'on nomme contracts, il expose celles *quæ quasi ex contractu nascuntur*, sans cependant nous indiquer quels sont les engagements, que l'on peut regarder comme resultant *quasi d'un contract.* Cela paroit avoir derouté quelques Interprêtes du Droit Romain, ainsi qu'on peut le voir entre autres dans les Commentaires de VINNIUS sur les *Institutes*, *t. de oblig. quæ quasi ex contr. nascuntur.* Ce célebre Jurisconsulte donne une idée, assez nette de ce qu'il faut entendre dans le stile du Droit Romain par *quasi ex contractu*; & en cela il a été plus heureux que ne l'a été HEINECCIUS, en voulant définir les *quasi-contracts.* La définition que notre Auteur en donne & ce qu'il en dit d'ailleurs, pourra convaincre nos Lecteurs, s'ils veulent prendre la peine d'en faire l'application au Droit Romain, que les connoissances philosophiques y répandent plus de lumiere, qu'on ne le pense vulgairement. Du moins voici à quoi je crois qu'il faut faire attention, pour acquérir des idées justes de ce que l'on nomme *quasi-contracts*, & de ce que les Romains ont regardé comme resultant *quasi d'un contract;* car on auroit tort de ne pas distinguer ces deux expressions, & de croire qu'elles sont équivalentes ou synonimes.

Les hommes peuvent énoncer leur volonté soit par des paroles, soit par des faits: ils peuvent donc contracter de ces deux différenres manieres Que les contracts se fassent par des paroles ou par des faits, dès que la volonté mutuelle est exprimée, de quelque façon qu'elle le soit, il y a un véritable contract: or les Jurisconsultes Romains, considérant que des faits qui exprimoient ou supposoient l'acquiescement d'une personne, pouvoient lui imposer quelque obligation, & jugeant qu'on ne pouvoit s'imposer quelque obligation vis-à-vis d'un autre, qu'au moyen du contract, ils ont regardé tous ces actes, par lesquels on exprime un acquiescement, ou par lesquels on est supposé avoir acquiescé à une obligation, comme ayant la nature ou la force d'un contract, quoiqu'ils ne fussent pas réellement des contracts. Il importe de bien saisir ce que je viens de dire, pour ne pas confondre les idées qui ont porté les Jurisconsultes Romains à admettre des obligations, *quæ quasi ex contractu nascuntur*, avec les engagements que l'on nomme dans le Droit Naturel des *quasi-contracts*, qu'il ne faut pas confondre non plus avec les *contracts tacites*, & ceux que l'on nomme *contracts présumés*.

Il faut encore soigneusement distinguer les obligations & les droits, qui naissent de ces derniers contracts, du droit que l'on a & de l'obligation dans laquelle on est de les former; distinction à laquelle on n'est pas ordinairement assez attentif. Dès que j'ai fait quelque acte relatif à l'intérêt d'un autre, il en resulte qu'il a droit de me demander un dédommagement si j'ai nui à son intérêt; & d'un autre côté j'ai droit d'exiger un dédommagement, s'il en a retiré du fruit, & que j'aie souffert quelque dommage: c'est une regle constante, qu'il n'est pas juste que quelqu'un retire de l'avantage au détriment de celui qui le lui procure: de là on déduit, qu'il se forme entre celui qui fait quelque chose relativement à l'intérêt d'un autre, & entre celui-ci, un droit & une obligation, comme si effectivement ils se fussent engagés par contract ou par convention: & c'est

De l'obligation qui nait du quasi contract.

§. DCLXXXVII. Puisque dans le quasi-contract les deux parties sont supposées avoir consenti, à ce que l'une fait pour l'utilité de l'autre (§ DCLXXXVI.); *un autre est obligé envers nous, par le quasi-contract, à ce à quoi il auroit été obligé, s'il eût véritablement contracté, & nous sommes obligés à notre tour envers lui, comme par un vrai contract.*

En quels cas il est permis de quasi-contracter.

§. DCLXXXVIII. Comme la présomption n'a pas lieu, quand on peut s'assurer de la vérité, ce qui est évident par soi-même, *si l'on peut avoir le consentement exprès de quelqu'un, le quasi-contract n'est pas valide:* par conséquent *le quasi-contract n'est valide, qu'au cas que ce qu'il faut faire pour un autre ne souffre point de retard, pour qu'on puisse demander son consentement exprès; ou au cas que celui pour l'utilité de qui on doit agir, ne puisse, à cause de son âge, ou de son imbécillité, donner son consentement.*

Si les quasi-contracts sont de droit naturel.

§. DCLXXXIX. Puisque nous sommes naturellement obligés à faire ce qu'il est en notre pouvoir de faire pour l'utilité des autres (§. CXXXIII. CXXXIV.), & que nous pouvons nous y obliger parfaitement par des contracts (§. DCLXVII.), que de plus on peut présumer (§. DCLXXXVI.) le consentement requis de la part d'un autre pour un contract parfait (§. CCCCXXXVIII.): il s'ensuit, que *le quasi-contract est aussi de droit naturel, &* que *par conséquent aussi le consentement présumé opère naturellement alors la même chose, qu'un consentement exprès.*

De la gestion des affaires d'autrui sans mandat.

§. DCXC. *La gestion des affaires d'autrui* est un quasi-contract, par lequel, sans le mandat du maitre, & dans l'intention de l'obliger envers soi, on se charge de soi-même de gérer ses affaires. Ainsi cette *gestion des affaires d'autrui est un quasi-mandat; celui qui les gère est un quasi-mandataire, & le maitre est un quasi-mandant* (§. DLI.): par conséquent *elle devient un mandat, si le mai-*

c'est cette conséquence qu'il faut soigneusement distinguer du principe moral, qui doit nous porter au fait dont on la déduit. Le motif qui doit nous y engager ne doit pas être pris du consentement, que nous supposons dans celui pour qui nous le faisons, mais de l'intérêt qu'il a à l'acte que nous faisons pour lui, vû que c'est proprement cet intérêt, qui nous fait présumer un consentement de sa part: de façon que s'il se trouvoit à même de refuser son consentement, & de marquer par là, qu'il ne juge pas que son intérêt demande cet acte; on devroit s'en abstenir, puisque c'est à lui seul qu'appartient le droit de juger de ce que son intérêt exige ou n'exige point. Il n'en est pas ainsi des consentements présumés que l'on suppose dans ceux, sur l'intérêt desquels nous avons droit de porter notre jugement; tels que sont, par exemple, les furieux, les enfants, & autres. Par rapport à ceux-ci, il est inutile & même en quelque façon absurde de supposer leur consentement, puisqu'on a le droit d'agir pour eux, & de juger de ce qui leur est avantageux & utile, bien qu'ils refusassent même leur consentement.

§. DCXC. (*b*) La définition que l'Auteur nous donne de la *gestion d'affaires*, pourra paroitre assez conforme à celles que nous en trouvons ailleurs. Par exemple, dans l'*Introductio in Jus Digestorum* du célebre BOEHMER, on lit: *Est vero negotiorum gestio quasi contractus, quo quis ignorantis negotia in ejus utilitatem sine mandato gratis administrat, animo alterum obligandi:* cependant il est bon d'observer, que Mr. BOEHMER en marquant que la gestion des affaires d'autrui doit se faire pour quelqu'un qui l'ignore, à son utilité, & gratuitement, désigne des caractères, que notre Auteur n'indique point dans sa définition, tandis que d'un autre côté il veut que cet acte se fasse, sans aucun ordre de la part de celui pour lequel la gestion se fait: il limite même la condition *sans mandat* à celui, pour lequel la gestion se fait. HUBER, autre jurisconsulte de réputation, donne une définition plus courte en disant: *Negotiorum gestor est, qui absentis negotia sine mandato gratis administrat. tit. Inst. de oblig. quæ quasi ex contr. oriuntur.* Au lieu de marquer que la nature de cet acte veut, qu'il se fasse *à l'insu* de celui pour qui il se fait; il indique que cet acte doit être fait pour un *absent*. Le Jurisconsulte VOET exprime l'un & l'autre, dans la définition qu'il donne du gereur d'affaires, *Negotiorum gester est qui absentis vel ignorantis negotia sine mandato gerit.* Mr. VOET pour donner de l'authorité à sa définition cite la *l.* 41.

ff.

maitre ratifie la gestion tacitement ou expressément; donc *celui qui gère les affaires est obligé envers le maitre, à ce à quoi un mandataire est obligé envers le mandant, & le maitre à son tour est obligé envers lui à ce à quoi le mandant est obligé envers le mandataire* (§. DCLXXXVII). Mais comme toute la validité du quasi-contract dépend de l'utilité manifeste du maitre (§. DCLXXXVI.), celui qui gère les affaires d'autrui, y doit apporter toute la diligence possible (§. XXI.), par conséquent *il est tenu envers le maitre, pour ce qu'il a dû faire, & non pour ce qu'il a fait*, car il ne doit faire que ce qu'il présume, que le maitre feroit pour un avantage manifeste (§. DCLXXXVI.): d'où il suit, qu'*il ne doit pas faire des frais utiles, s'il peut présumer qu'ils seroient onéreux pour le maitre*; que *dans les cas douteux*, il *doit s'en abstenir absolument*, & qu'*il doit toujours s'abstenir de ceux qui ne sont que pour l'agrément* (§. CCLXXIX. CCLXXX.). Comme la gestion des affaires d'autrui sans mandat suppose un consentement présumé; *si quelqu'un contre la défense du maitre gère ses affaires sans mandat, quoiqu'utilement, le maitre n'est obligé parfaitement à rien envers lui*, par conséquent, *s'il défend de continuer la gestion, il faut s'en abstenir tout de suite.* Et comme dans la gestion des affaires d'un autre, il faut regarder en partie à la nécessité, en partie à l'utilité du maitre, & que celui qui gère les affaires représente le maitre, *il est censé y avoir de la nécessité à gérer les affaires d'un autre, si sans cela il en doit resulter un dommage inevitable*, que nous sommes naturellement obligés à écarter des autres (§. CCLXIX.); *mais il faut juger de l'utilité du maitre, non par l'opinion de celui qui gère l'affaire, mais par la qualité de la chose, du temps, & de la personne du maitre.* (*b*)

§. DCXCI.

ff. de neg. gest. dans laquelle le Jurisconsulte PAUL dit: *Qui servum meum, me ignorante, vel absente, in noxali causa defenderit: negotiorum gestorum in solidum mecum, non de peculio aget.* On voit à ces différentes définitions que les Auteurs, que je viens d'indiquer, n'ont pas eu une idée très distincte, de ce qu'il faut entendre proprement par gestion d'affaires; ou qu'ils n'ont pas eu en vue le même acte. Quant à celle de notre Auteur, je dois y observer, que quoiqu'elle n'énonce point ce caractère distinctif, qui exige qu'on se charge *gratuitement* d'une affaire; & qu'elle marque plutôt une intention contraire, celle *d'imposer par là une obligation sur celui pour lequel on entreprend la gestion, animo eum sibi obligandi*: l'idée de notre Auteur ne s'étend pas au-delà de l'obligation, que le Droit Romain impose sur celui, pour lequel la gestion a été faite vis-à-vis du gereur, & se borne à rembourser les fraix faits, & à indemniser le gereur du dommage qu'il auroit pu souffrir par la gestion, sans s'étendre à donner quelque recompense ou quelque salaire, comme on peut le voir au §. 539. P. v. C. III. de son grand ouvrage, où il tache de démontrer, que le gereur est tenu de se charger *gratuitement* de la gestion, s'il s'y porte. Je dis qu'il *tache* de demontrer, parce qu'effectivement sa demonstration n'est pas exacte; il fonde le droit de gerer les affaires d'autrui sur un consentement présumé de celui auquel elles appartiennent, eh! pourquoi ne puis-je pas lui présumer en ce cas la volonté de me payer un salaire ou une recompense? bien loin que les principes du Droit Naturel y soient contraires, ils donnent le droit de présumer cette volonté, parce qu'on ne doit pas présumer, que celui qui a intérêt, que ses biens soient conservés prétende que, lorsqu'il n'est pas à même d'en prevenir la détérioration ou la destruction; d'autres se portent à les lui conserver, sans lui supposer la volonté de leur payer une recompense pour leurs soins & leurs peines: & l'on ne peut qu'approuver les loix, qui la promettent à ceux qui auront conservé des effets naufragés. En effet, l'idée de recompense ne change rien à la nature de l'acte, que l'on nomme gestion d'affaires: qu'elle se fasse gratuitement ou non les caractères essentiels, qui la distinguent de tout autre acte seront toujours les mêmes, comme je l'ai observé au sujet du Mandat au § DLI.

Les Interprêtes du Droit Romain agitent ici, par rapport au gereur d'affaires, la même question sur l'imputation des fautes, que nous avons examinée aux §§. DXX. DXLI. & DCLXIII. par rapport à celui qui emprunte, qui loue ou qui prend à dépôt quelque chose: savoir jusqu'à quel degré un gereur est responsable de son fait.

 Quel-

Du quasi-achat, quasi-prêt à consomption, quasi-louage.

§. DCXCI. Il y a aussi un *quasi-achat;* c'est lorsque quelqu'un, considère une chose comme achetée, du consentement présumé du maitre de cette chose: comme, par exemple, si vous consumez, dans l'intention d'en payer le prix, une chose susceptible de remplacement, que quelqu'un a déposée chez vous, qui ne peut être rendue au dépositeur parce qu'il est absent, & qu'elle périroit si on la gardoit plus longtemps. Il y aussi un *quasi-prêt à consomption;* c'est quand quelqu'un, du consentement présumé du maitre, consume une chose susceptible de remplacement, dans l'intention de la restituer en genre, comme dans le cas précedent, si l'on consume une chose déposée, susceptible de remplacement. Il y a encore un *quasi-louage*, c'est lorsque du consentement présumé du maitre, vous vous servez de sa chose, dans l'intention d'en payer un loyer, tel qu'un autre preneur l'auroit payé; ou lorsque vous faites pour quelqu'un un travail, pour le même salaire que le quasi-bailleur auroit dû payer à un autre preneur; ainsi, par exemple, c'est un quasi-louage, si, étant chargé de louer à quelqu'un la maison d'un autre, vous l'habitez vous-même dans l'intention d'en payer le loyer qu'en donneroit un autre locataire. (*i*)

De la communauté incidente.

§. DCXCII. On appelle *communauté incidente*, celle dans laquelle entrent quelques personnes par un cas fortuit, c'est-à-dire, sans aucune convention antérieure, par laquelle on ait reglé que la chose seroit commune, comme, par exemple, si l'on donne une maison ou une terre à vous & à moi. Comme *ceux qui entrent dans une communauté incidente*, acquiérent le domaine pour une portion, sur une chose indivise (§. CXCVI.), & qu'ainsi ils sont présumés consentir, que le profit & le dommage soient communs, jusqu'à ce qu'ils aient consenti expressément, ou à

Quelques-uns prétendent qu'il faut lui imputer jusqu'à la faute la plus legère; d'autres soutiennent, qu'on ne doit le rendre comptable que du dol & de la lourde faute: il y en a, qui distinguent. „ Celui qui a geré les affaires d'un au„ tre (dit Mr. PREVÔT DE LA JANNES dans ses „ *Principes de la Jurisprudence Françoise*, T. II. „ p. 372.) en son absence & sans son ordre, s'est „ engagé par là à lui rendre compte de sa ge„ stion, lui rendre ce qu'il a reçu pour lui, „ payer le reliquat du compte, & répondre de „ ses fautes & des négligences, qu'il auroit com„ mises dans son administration: s'il n'a pris la „ conduite de ses affaires que dans une nécessité „ pressante, il ne garantit que sa bonne foi, & „ n'est tenu que des fautes grossières (*l.* 3 §. 9 „ *ff. de negot. gest.*) s'il s'est ingeré sans nécessité „ il doit la diligence la plus exacte (*l.* II. *ff. eod.*)." On voit par ce passage, que Mr. PREVÔT DE LA JANNES fonde la disposition du Droit François sur celle du Droit Romain: cependant les Interprêtes du Droit Romain ne sont pas bien d'accord entre eux sur le degré de faute, que l'on peut ou que l'on doit imputer à un gereur d'affaires, comme on peut le voir dans le Commentaire de VINNIUS *ad t. Inst. de oblig. quæ quasi ex contr. nasc.* §. I. dans ceux de NOODT *ad t. ff. de neg. gest.* & autres. M'étant expliqué dans la note que j'ai mise au §. DLVIII. sur les principes dont les Jurisconsultes Romains se sont servis, pour déterminer le degré d'imputation, par rapport à ceux qui se sont liés par contract, & ayant fait voir, si je ne me trompe, le peu de solidité de ces principes; je peux me dispenser de reprendre ici cette matiere: j'observerai seulement, I. qu'il paroit même aux différentes décisions, que l'on trouve dans les Pandectes & dans le Code, que le Droit Romain n'admet point universellement & indistinctement l'imputation de la faute la plus legère dans tous les cas, où il s'agit de la gestion des affaires d'autrui. Le Jurisconsulte GIPHANIUS le fait judicieusement sentir dans son Commentaire sur les Institutes de JUSTINIEN. 2. Que ceux qui s'appuyent du Droit Romain pour soutenir leur opinion, commettent la faute de tirer une conséquence générale de la décision d'un cas particulier. 3. Qu'il est adopté dans plusieurs Tribunaux de laisser aux Juges à déterminer le degré d'imputation suivant les circonstances des cas; & que cette pratique est la plus raisonnable & la plus naturelle: attendu que les circonstances, qui peuvent porter quelqu'un à prendre sur soi la gestion de quelque affaire d'un autre, peuvent varier à l'infini, & que c'est pourtant par la nature de ces circonstances, qu'il faut juger jusqu'à quel degré les négligences & fautes commises, peu-

à un partage, ou à une administration commune, ils *contractent une quasi-société* (§. DCXXXIX). C'est pourquoi les obligations personnelles, qui naissent du contract de société, sont regardées dans le cas même d'une communauté incidente, non comme simplement conformes à l'équité, mais comme parfaites. (*k*)

Du payement d'une chose non-due.

§. DCXCIII. On appelle *chose non-due*, ce que nous ne sommes pas obligés de donner à un autre, ou de faire pour lui. Ainsi le *payement d'une chose non-due*, est le prestation qu'on fait d'une chose non-due, comme si c'étoit une dette: & *accepter* ou *recevoir une chose non-due*; c'est accepter ou recevoir ce qui ne nous est point dû, comme s'il nous étoit dû. Comme personne ne doit s'enrichir de la chose d'autrui (§. CCLXXI.), *si quelqu'un, par erreur, a payé à un autre une chose non-due, celui-ci est obligé de la lui restituer, ou, si cela ne se peut, de lui en payer la valeur*; & comme personne ne doit avoir l'intention de frauder un autre (§. CCLXXXVI.), *celui qui reçoit une chose non-due est présumé consentir à cette restitution*; d'où il suit, que *le payement d'une chose non-due* est un quasi-contract, par lequel celui qui la reçoit s'oblige à restituer ce qu'il a reçu, sans qu'il lui fut dû, ou, si cela ne se peut, à en rendre la valeur (§. DCLXXXVI.). Comme *celui qui paye ou donne comme due une chose qui ne l'étoit pas, transfère par là à un autre le domaine de cette chose* (§. CCLVIII.), *celui qui l'a reçue peut l'aliéner* (§. CCLVII.). C'est pourquoi encore, *celui qui l'a donnée ne peut la revendiquer* (§. CCLXII.). Puis qu'on ne doit pas s'enrichir de la chose d'autrui (§. CCLXXI.); *celui qui sait qu'on lui paye une chose non-due, ne doit pas l'accepter, il ne peut le faire sans avoir l'intention de frauder* (§. CCLXXXVI.); & s'il accepte, le sachant, une chose non-due, il est dans le cas d'un possesseur de mauvaise foi (§. CCI.). (*l*)

§. DCXCIV.

peuvent ou doivent lui être imputées ou non. Remarquons encore, qu'il y a entre le mandat & la gestion d'affaires d'un autre cette différence essentielle, que le mandant choisit lui-même le mandataire, là où celui pour qui on gere les affaires, ne choisit pas le gereur: or quoique l'on puisse bien présumer en général, que celui-là desire que ses affaires, au sujet desquelles il ne peut donner des ordres, soient gerées par quelqu'un qui soit à même de s'en charger, jamais pourtant on ne peut lui supposer l'intention d'en charger quelqu'un, qui n'est pas capable de s'en bien acquiter, desorte qu'un gereur d'affaires d'un autre, ne peut jamais être dans le cas de pouvoir alleguer en sa faveur les raisons, que j'ai fait valoir en faveur du mandataire, T. I. p. 222. & à cet égard le gereur est toujours dans une circonstance moins favorable que n'est le mandataire. C'est d'ailleurs avec raison, que quelques Jurisconsultes font reflexion, que la Société civile est intéressée à ce qu'on n'affoiblisse point les motifs de bienveillance, qui peuvent porter les hommes à se faire du bien. Supposons, par exemple, un homme qui verroit jetter sur le rivage des debris d'un vaisseau, des marchandises & des effets, qui laissés à l'abandon seroient exposés à être gâtés, détériorés ou entièrement détruits, ou bien à être volés, & qui, si l'on en prenoit soin, pourroient être plus ou moins conservés; croit-on que cet homme voulut se donner de la peine à sauver ces debris & ces effets, s'il venoit à reflechir, qu'après avoir rendu ce service aux propriétaires ou aux maitres, il seroit encore exposé pour toute recompense, à devoir se disculper de la moindre faute dont on pourroit l'accuser. Il me semble, que le bon sens suffit pour sentir l'absurdité d'une pareille proposition: aussi suis-je suis bien éloigné de croire, que jamais un *Pomponius*, un *Labeo*, ou un *Ulpien* eussent poussé ces conséquences si loin.

§. DCXCI. (*i*) Notre Auteur fait voir dans son grand ouvrage, que les quasi-contracts, dont il parle dans ce paragraphe, peuvent tous se déduire de la gestion des affaires d'un autre.

§. DCXCII. (*k*) Voyez les Institutes *t. de oblig. quæ quasi ex contr. nascuntur* §. 3. On fera bien encore de lire sur ce paragraphe ce que l'Auteur enseigne *P.* V. *C.* III. §. 563. *& suiv.* de son grand ouvrage, où il demontre entr'autres, que les obligations qui resultent des actes, par lesquels il se forme une quasi Société, ne sont pas uniquement de la nature de celles que l'on nomme *imparfaites*, mais qu'elles sont véritablement *parfaites*.

§. DCXCIII. (*l*) Voyez les Institutes *t. de oblig. quæ quasi ex contr. nascuntur* §. 6.

(*) Les

Du don pour cause. §. DCXCIV. On dit qu'une chose est *donnée pour cause*, lorsqu'on la donne afin que celui qui la reçoit donne ou fasse quelque chose; par conséquent *celui qui accepte une chose donnée pour cause, s'engage à donner, ou à faire ce pourquoi on la lui donne* (§. CCCXVII.). On dit que la *cause ne suit pas*, quand l'autre ne fait, ou ne donne pas ce qu'il devoit donner ou faire, ce à quoi il s'étoit obligé expressément ou tacitement (§. XXVII.). Comme celui qui donne pour cause ne prétend pas donner gratuitement, & que celui qui reçoit ne reçoit pas comme gratuitement ce qu'on lui donne, *ce qui a été donné pour cause doit être restitué, si la cause ne suit pas; & si elle n'a pas suivi, mais qu'elle puisse encore suivre, celui qui a donné peut contraindre celui qui a reçu, ou à remplir sa promesse, ou à restituer ce qu'il a reçu.* L'obligation naissant ici d'un consentement exprès ou tacite, & non pas seulement présumé; *le don pour cause n'est pas un quasi-contract* (§. DCLXXXVI.). (*) Mais *quand on paye d'avance le salaire à un bailleur à louage*, ou en général *quand on compte d'avance l'argent qu'on doit donner, pour ce qui doit être donné ou fait dans la suite, c'est un don pour cause.* (m)

De ce qui a été reçu sans cause, ou quasi-reçu. §. DCXCV. On dit qu'on a *reçu sans cause* ce qu'on ne pouvoit recevoir de droit, comme, par exemple, si l'on paye par erreur une chose non-due; & l'on dit qu'on a *reçu quasi sans cause*, ce qu'on pouvoit à la vérité recevoir de droit, mais qu'on ne pouvoit retenir: comme, par exemple, un billet d'obligation, donné dans l'espérance de recevoir de l'argent que l'on ne reçoit pas ensuite. Il est aisé de voir, qu'*il faut restituer ce qu'on a reçu sans cause ou quasi sans cause* (§. CCLXXI.), & comme, par conséquent, *celui qui, sans le savoir, a reçu quelque chose sans cause*, est présumé consentir à la restituer, il *est obligé aussi par le droit externe, en vertu d'un quasi-contract à la restitution;* mais comme *celui qui a reçu quasi-sans cause*, pouvoit de droit recevoir, mais non retenir la chose reçue, il *est obligé par le droit externe à la restituer*, non en vertu d'un quasi-contract, ou d'un consentement simplement présumé, mais *en vertu d'un vrai contract*, ou consentement tacite, qui est un vrai consentement (§. XXVII.). (*)

Des contracts composés ou mixtes, & du fermier partiaire. §. DCXCVI. Comme les contracts composés, ou mixtes, peuvent être connus aisément par les définitions des contracts simples, dont ils sont composés, il ne paroit pas nécessaire de s'étendre beaucoup sur chacun en particulier. Nous nous contentons de remarquer, que *le contract qu'un fermier partiaire fait avec le maitre, est mêlé de louage & de société* (§. DCXX. DCXXXIX.). Car comme on appelle *fermier partiaire*, celui qui prend une terre à louage, pour une portion des fruits qu'on en recueille; *le dommage & le profit sont communs entre le fermier partiaire & le maitre.*

CHA-

(*) Les Jurisconsultes Romains le rangent parmi les quasi-contracts, parce qu'ils n'admettent pour vrais contracts entre les contracts innommés, que ceux où l'on s'est expliqué en termes exprès. R. d. T.

§. DCXCIV. (m) Notre Auteur prouve dans ce paragraphe, que *le don pour cause* n'est pas un *quasi-contract*, mais un contract proprement dit: il le fait voir plus particulierement dans son grand ouvrage *P. v. C.* III. §. 604. *& suiv.* il y remarque, que le Droit Romain en fait un *quasi-contract:* mais à cet égard l'Auteur n'a pas été assez attentif, ce me semble, à la différence qu'il y a entre l'acte que l'on nomme *quasi-contract*, & un acte qui produit une obligation, comme s'il y avoit eu un contract: distinction dont nous avons parlé ci-dessus.

(*) Nous avons exprimé cette dernière regle sur les choses reçues quasi-sans cause, à-peu-près comme elle l'est dans le grand ouvrage de Mr. WOLF sur le Droit Naturel, où elle nous a paru proposée plus clairement qu'ici, & où elle est d'ail-

CHAPITRE XV.

Du droit sur la chose d'autrui, ou du gage & des servitudes. (†)

§. DCXCVII. Le *droit de gage* est un droit constitué, ou donné au créancier sur la chose du débiteur, afin que si la dette n'est pas payée dans le temps convenu, le créancier se paye au moyen de cette chose. On dit qu'on *engage* la chose sur laquelle on constitue un pareil droit, & la chose engagée s'appelle le *gage*. Il paroit de là que *le droit de gage est etabli pour sûreté de la dette*, & par conséquent que, *si la chose engagée est un meuble*, *elle doit être livrée*. Si le gage est un immeuble, il prend un nom particulier & s'appelle *hypothéque*. Il suit de la définition même, que *le créancier peut vendre la chose engagée*, *si on ne le paye dans le temps convenu*, *retenir le montant de la dette du prix qu'il a retiré de la vente de l'effet*, *& rendre le reste au debiteur* (§ CCLXXI). Et puisqu'il ne faut frauder personne(§. CCLXXXVI.), *il faut éviter toute fraude dans la vente du gage*; par conséquent, *la chose engagée doit être taxée par des experts exemts de partialité*, *avant qu'on la vende*, *& il faut la donner au plus offrant*. Ce qui reste du prix du gage, la dette payée, s'appelle le *surplus* *, qui, par conséquent, *appartient au débiteur*. D'un autre côté comme le *débiteur* est tenu de payer toute la dette; *si le prix du gage vendu n'égale pas la dette*, il *est tenu de suppléer à ce qui manque*. (*n*)

Du gage & de l'hypothéque.

* hyperecha.

§. DCXCVIII. Puisque *celui qui constitue le droit de gage*, *ou d'hypothèque sur sa chose*, ne transfère au créancier que le droit conditionnel de la vendre (§. DCXCVII.), il *conserve le domaine sur la chose engagée*, par conséquent *il peut l'aliéner* (§. CCLVII.). Mais comme le droit que le créancier a sur elle, ne peut lui être ôté malgré lui (§. C.), *l'aliénation n'éteint pas le droit de gage ou d'hypothèque*. Et de ce que le débiteur conserve le domaine sur la chose engagée, il suit encore que *le créancier ne l'aliéne pas en son propre nom*, *mais au nom du débiteur*, quoique malgré lui.

Du domaine sur la chose engagée.

§. DCXCIX. On dit qu'on *acquitte le gage ou l'hypothéque*, quand on paye la dette, pour la sûreté de laquelle, le droit de gage ou d'hypothèque avoit été constitué. Puis donc qu'*après le payement* le gage seroit sans raison entre les mains du créancier, *il faut le restituer*; & puisque le droit d'hypothèque cesse, quand le débiteur paye, *l'hypothèque est levée par le payement*. Le débiteur devant acquitter le

De l'acquit du gage.

d'ailleurs éclaircie par l'exemple d'une chose prêtée à usage, que le commodataire auroit perdue, & dont il auroit payé la valeur au commodant, qui doit sans doute lui rendre cette valeur, en vertu d'un consentement tacite, si la chose perdue se retrouve. R. d. T.

(†) Chap. XV. La liaison des matières conduit notre Auteur de celle des quasi-contracts aux droits que l'on acquiert sur la chose d'autrui. En effet, à le bien considérer, quoique l'étude de la Jurisprudence Romaine nous accoutume à envisager le droit que l'on acquiert sur la chose d'autrui, non pas comme un droit personnel, mais comme un droit sur la chose même & inhérent à la chose, ce droit pourtant, à le bien prendre, n'est dans le fonds que le droit d'empêcher tout autre, de nous troubler dans l'exercice d'un droit acquis: car c'est proprement cela que désigne l'expression de *jus in re*.

§. DCXCVII. (*n*) Suivant ce que je viens de dire, il n'y a, à proprement parler, point de *jus in re*: notre Auteur suit ici les principes du Droit Romain, qu'il auroit dû, ce me semble, éclaircir.

le gage (§. DCXCVII.), *le créancier ne peut vendre la chose engagée, avant que d'en avoir averti le débiteur*, par conséquent, *tant qu'il ne l'avertit pas, le droit d'acquitter le gage reste entier.*

De la chose d'autrui donnée en gage. §. DCC. Celui qui donne une chose en gage, transférant au créancier le droit conditionnel de l'aliéner (§. DCXCVII.), & le droit d'aliéner n'appartenant qu'au maitre (§. CCLVII.), *personne ne peut engager une chose qui n'est pas la sienne. Le maitre peut* cependant *engager sa chose pour la dette d'un autre* (§. CXCV.). Mais comme chacun peut transférer son droit à un autre (ibid.), *le créancier peut donner en gage à un autre, la chose qu'il a reçue lui-même en gage, quoiqu'à l'insçu de celui qui la lui a donnée, non pas cependant pour une dette plus grande que celle pour laquelle le gage lui avoit été donné.* Si cependant *on en est convenu autrement on ne peut à votre insçu donner votre chose en gage à un autre* (§. CCCCXXXVIII.). (*o*)

D'une même chose donnée deux fois en gage. §. DCCI. Puisque le débiteur ne peut vous ôter votre droit sur la chose qu'il vous a engagée (§. C.), *la chose qui vous a été donnée en gage ne peut être donnée de nouveau en gage à un autre, que sauf votre droit:* par conséquent, *si elle ne peut suffire à satisfaire les deux créanciers, le premier est préféré au second.*

De l'usage du gage, & du dommage qu'il souffre. §. DCCII. Puisque le gage n'est donné que pour sûreté de la dette (§. DCXCVII.), *le créancier ne peut se servir du gage* (§. CCCXVII.), *à moins que celui qui le lui a donné ne lui en accorde l'usage*, par quelque convention accessoire (§. CV.). *Si le gage périt, ou est détérioré, par le dol ou par la faute du créancier, il faut qu'il dédommage celui qui le lui a donné* (§. CCLXX.). Comme cependant c'est pour l'avantage du débiteur, que le gage est au pouvoir du créancier, *s'il arrive quelque cas fortuit, le créancier n'en est pas responsable.* Mais comme cette raison cesse, *si le créancier a tardé à le restituer; il est responsable des accidens qui ne seroient pas arrivés, s'il l'avoit restitué* (§. CCCCXIX). Comme au reste la chose n'est donnée en gage que pour la sureté de la dette, & qu'elle n'est point donnée en payement (§. DCXCVII.), *si le gage périt par un cas fortuit, ou est détérioré de façon, que le créancier ne puisse plus s'en payer, le débiteur reste obligé envers lui.* (*p*)

Des frais faits pour le gage. §. DCCIII. Comme le gage ne doit pas périr ou se détériorer par la faute du

§. DCC. (*o*) Il en est de celui qui possede quelque chose en gage, comme de celui qui a loué quelque chose: il ne resulte pas de la nature du contract, qu'un créancier puisse donner en gage à un de ses créanciers, ce qu'il a reçu en gage d'un de ses débiteurs. Pour combattre l'opinion contraire, je me servirois de raisons semblables à celles que j'ai employées, par rapport au droit de relouer ce que l'on a loué, §. DCXXIV.

§. DCCII. (*p*) On fait encore au sujet du contract de gage la question, jusqu'à quel degré un créancier est comptable de sa faute. Les Interprêtes du Droit Romain sont assez généralement d'accord sur ce point: ils jugent que le créancier n'est tenu que du dol, de la faute grossière & legère, & non pas de la faute très-legère, & se fondent d'après JUSTINIEN *Inst. Lib.* III. *Tit.* XV. §. 4. sur la distinction que le Droit Romain fait entre les contracts, qui ont pour objet une utilité reciproque, & ceux qui ont uniquement en vue l'utilité d'un des contractants. J'ai déjà fait voir, que je ne goûte pas cette distinction, entant qu'elle est prise pour une regle, qui devroit nous guider sur les différents degrés d'imputation, à observer dans les différents cas relatifs aux contracts. Je ne vois pas même, que l'Empereur JUSTINIEN ait été très-fondé à supposer, par rapport au gage une utilité reciproque entre celui qui le donne, & celui qui le reçoit. Il y en a sans doute une dans le prêt à usure; mais l'acte d'y ajouter une sûreté en faveur de celui qui prête, n'est assurement pas un acte, qui tend à l'utilité de celui qui donne la sûreté: il y a entre le prêt simple & l'acte de donner un gage cette différence, que l'un part d'un motif de pure bienfaisance, & que l'autre ne suppose point ce motif. Celui qui emprunte est engagé à conserver la chose prêtée, par un motif de plus que ne l'est celui qui reçoit en gage, comme on peut le voir par ce que j'ai dit dans la note au §. DXX. & c'est ce

du créancier (§. DCCII.), il *est obligé de faire les frais nécessaires pour la conservation du gage* (§. CCLXXIX.), *& le débiteur doit les lui restituer* (§. CCLXXI.).

Du contract de gage & d'hypothèque. §. DCCIV. On appelle *contract de gage*, celui par lequel un débiteur, ou quelqu'un pour lui, constitue un gage ou une hypothéque sur sa chose. Le *gage* s'appelle alors *conventionnel*, & *l'hypothèque conventionnelle*. L'*hypothèque* est ou *spéciale*, c'est-à-dire, établie sur une certaine chose en espèce, comme sur une maison, un fonds, une bibliothéque, ou une certaine quantité de choses; ou *générale*, constituée sur tous les biens présents & futurs; par conséquent *l'hypothèque générale renferme aussi les droits, noms, raisons & actions* (§. CCVII.). (*q*)

De l'engagement naturel. §. DCCV. Puisque le débiteur est obligé de payer ce qu'il doit (§. CCCXXXVI.), & que par conséquent, s'il ne peut satisfaire celui envers qui il est obligé, qu'en vendant quelque chose de ses biens, il est obligé de les vendre; & puisqu'encore le créancier a droit d'exiger ce qui lui est dû (ibid.), & qu'ainsi il a droit de contraindre le débiteur à vendre quelque chose, ou même tous ses biens, s'il le faut, pour son payement, il s'ensuit que *naturellement chacun a un droit sur les biens de son débiteur, pour s'en payer, à moins que la dette ne soit payée dans le temps convenu:* par conséquent *les biens d'un débiteur sont naturellement engagés pour quelque dette que ce soit.* Lorsqu'à cette obligation naturelle, il s'en joint une contractée par un contract de gage, par lequel on engage certaines choses en espèce, ou même tous ses biens (§. DXIV.), comme l'obligation la plus forte l'emporte sur la plus foible, *l'engagement conventionnel en cas de conflict l'emporte sur le naturel.* (*r*)

De la détention du gage pour une autre dette. §. DCCVI. Puisque les biens du débiteur sont déjà naturellement engagés pour ses dettes (§. DCCV.), *si le débiteur acquitte le gage, le créancier peut le retenir pour une autre dette.* Et puisque le gage est donné pour la sureté de la dette (§. DCXCVII.), & que par conséquent le prix de la chose engagée peut surpasser la dette à l'infini, *si une partie de la dette est abolie, de quelque maniere que ce soit, le gage, quelque grand qu'il puisse être, peut être retenu pour le reste, & le créancier n'est pas obligé d'en recevoir un autre de moindre prix.* (*s*)

§. DCCVII.

ce motif qui me porteroit à faire quelque différence entre le droit acquis par celui qui prête, sur celui qui emprunte relativement à la chose prêtée, & celui qu'un débiteur acquiert sur son créancier, par rapport à un gage donné pour sûreté d'une dette.

§. DCCIV. (*q*) Dans le paragraphe DCXCVII. notre Auteur a enseigné, que si c'est une chose mobiliaire qui constitue le gage, elle doit être remise au créancier; & en effet on ne peut pas dire, qu'une chose soit donnée en gage au créancier, si le débiteur est à même d'en disposer & de la soustraire aux poursuites du créancier; mais cela étant il est difficile de comprendre, comment on peut constituer une hypothèque sur toutes les choses qu'on possede, ou qu'on pourra posséder dans la suite, jusqu'aux droits & aux noms, comme notre Auteur l'enseigne à la fin de ce paragraphe-ci: du moins n'est-ce pas, comme l'on voit, sans raison, si dans quelques pays les hypothèques universelles ne sont pas admises.

§. DCCV. (*r*) Ce paragraphe contient la source de ce que l'on nomme hypothèque legale, ou tacite. Le Droit Civil ne fait que donner par là une préférence à des créanciers sur d'autres créanciers. C'est ainsi qu'un propriétaire, ou celui qui a baillé à louage une maison, une terre, ou une métairie, a droit de gage sur les effets du preneur à louage, qui se trouvent dans la maison, ou sur la terre louée: c'est ainsi que la femme a hypothèque tacite sur les biens de son mari pour ses conventions matrimoniales. Le Droit Civil accorde encore ce droit de gage dans plusieurs cas, que l'on trouve spécifiés dans les ouvrages, qui traitent de la Jurisprudence Civile.

§. DCCVI. (*s*) Le raisonnement que notre Auteur employe ici afin de prouver, qu'un créancier est en droit de retenir un gage pour une dette, différente de celle pour laquelle il l'a reçu, ne

Du dégagement du gage ou de l'hypothèque.

§. DCCVII. On dit que le *gage* ou *l'hypothéque* sont *dégagés* lorsque la chose engagée est libérée de son obligation. Ainsi *lorsque le gage est dégagé, le créancier n'y a plus aucun droit.* Puisqu'il dépend du créancier de se fier au débiteur sans gage ou sans hypothéque, *s'il remet le droit de gage ou d'hypothéque, le gage ou l'hypothéque sont dégagés*, cependant le créancier n'est pas censé pour cela avoir remis la dette. Il est au reste évident par soi-même, que *le gage ou l'hypothéque sont dégagés, si la chose engagée*, à laquelle est attaché le droit donné sur elle au créancier (§. DCXCVII.), *vient à périr.* (*t*)

Servitude, ce que c'est, & de combien d'espéces il y en a.

§. DCCVIII. On appelle *servitude*, un droit constitué sur la chose d'autrui, en vertu duquel son maitre est obligé, pour l'utilité de quelqu'autre, de souffrir, ou de ne pas faire certaines choses; & la chose sur laquelle ce droit est établi, est dite assujettie ou asservie à l'autre pour qui est l'utilité. Si la chose est assujettie à une certaine personne, la *servitude* s'appelle *personnelle;* si c'est à la chose d'un autre ou à son possesseur quelconque, la servitude est appellée *réelle.* Elle est ou *affirmative*, en vertu de laquelle le maitre de la chose asservie, est obligé de souffrir que l'autre fasse certaine chose; ou *negative*, par laquelle l'autre n'est pas tenu à souffrir, que le maitre fasse certaine chose. (*u*)

Des héritages, & des servitudes d'héritage.

§. DCCIX. On appelle *héritage* * une chose immeuble quelconque, que l'on posséde pour un certain fruit qu'elle nous fournit, ou pour quelque usage, qui est comme un fruit & qui peut s'évaluer en argent. Et comme il y a un *usage rustique* qui regarde, de quelque façon que ce soit, la culture ou l'économie des terres; & un usage *urbain* qui regarde l'habitation, le commerce, les fabriques; on distingue aussi les *héritages* en *rustiques*, qui ont un usage rustique; & en *urbains*, qui ont un usage urbain. C'est pourquoi comme les fonds rustiques & urbains se distinguent, non par le lieu dans lequel ils sont situés, mais par l'usage qu'ils ont, *il peut y avoir des héritages rustiques dans les villes, aussi bien que des héritages urbains dans la campagne.* De là les servitudes réelles s'appellent aussi *servitudes d'héritages*, & l'on appelle *servitude d'un héritage urbain*, celle en vertu de laquelle l'héritage d'autrui sert à l'utilité d'un héritage urbain; & *servitude d'un héritage rustique*, celle en vertu de laquelle l'héritage d'autrui sert à l'utilité d'un héritage rustique. De là *la même servitude peut être d'héritage urbain & de rustique*, selon qu'elle est due à un héritage urbain, ou à un héritage rustique. Dans la servitude d'héritage, on appelle *héritage servant*, celui qui sert à un autre, & héritage *dominant*, celui à qui un autre sert. Le *fonds* qui doit une servitude est appellé *serf;* celui qui n'en doit point est appellé *libre*; on donne le nom de *très bon* à celui qui est exempt de toute servitude, & de toute obligation d'hypothéque.

* præ-dium.

Qui sont ceux qui peuvent imposer & acquérir une servitude.

§. DCCX. Puisque la servitude est un droit établi pour un autre sur une chose (§ DCCVIII.)

ne me paroît pas concluant: car bien qu'il soit vrai, que tous les biens d'un débiteur sont naturellement engagés envers son créancier, il ne s'ensuit pas de là qu'il ait le droit de gage en particulier sur quelqu'un de ses effets: dès que celui, envers lequel j'ai contracté une dette, n'a point exigé de gage particulier pour sûreté de sa prétension, il s'est fié à ma foi, & à la sûreté qu'il a cru voir dans le général de mon état; de-sorte qu'il n'a pas droit d'en exiger après cela une particulière, au moyen d'un gage particulier: & il est aisé de déduire de là, que celui qui tient un gage pour sûreté d'une dette déterminée, doit le rendre dès que la dette est acquitée, bien que d'ailleurs il eût encore des prétensions à la charge de celui qui lui a remis le gage.

§. DCCVII. (*t*) Ceci a été très bien observé par les Jurisconsultes Romains, comme nous l'avons

(§. DCCVIII.), *le maître seul peut établir sur sa chose une servitude pour un autre* (§. CCLX.), & il dépend uniquement de la volonté de celui qui l'établit, de l'établir & de le faire aux conditions qu'il lui plait (§. CCCXIV.), par conséquent il n'est pas permis de rien faire contre ces conditions (§. CCCXXXVIII.). Et puisque *celui qui a un domaine sujet à être révoqué*, doit rendre la chose telle qu'il l'a reçue (§. CCCXIV.); libre, par conséquent, si elle étoit libre, il *ne peut imposer sur son héritage une servitude, qui n'expire pas lorsque son domaine finit.* Comme personne ne peut acquérir un droit sans son acceptation (§. CCCXVI.), *personne* aussi *ne peut acquérir une servitude pour l'héritage d'autrui.* Enfin comme chacun peut remettre son droit (§. CCCXLII.), *le maître d'un héritage dominant peut remettre la servitude.* On considère les héritages comme des personnes dont l'une est obligée à quelque chose envers l'autre, & ceux qui sont actuellement maitres des héritages, représentent les héritages d'où leur viennent les obligations & les droits attachés à ces héritages.

§. DCCXI. Puisque la servitude est établie, afin que celui, en faveur de qui elle est établie, tire quelque utilité de la chose d'autrui (§. DCCVIII.), *il y a autant d'espéces de servitudes, que de manières par lesquelles une certaine personne, ou le possesseur de quelque héritage, peut tirer quelque utilité, ou quelque fruit de la chose ou de l'héritage d'autrui.* *Combien il y a d'espéces de servitude.*

§. DCCXII. Les servitudes d'héritage les plus communes ont reçu un nom particulier dans le Droit civil. Ainsi l'on appelle *servitude d'appuy*, ou droit d'appuy *, la servitude en vertu de laquelle le mur ou le pilier de notre voisin doit soutenir le poids de notre édifice, par conséquent *celui qui doit la servitude, est tenu de réparer le mur & le pilier.* Mais comme la réparation du mur ou du pilier n'emporte pas l'appuy de la maison, *le maitre de l'héritage dominant, est tenu d'appuyer à ses frais la maison qui menace ruïne* On appelle *droit de mettre une poutre* dans le mur de son voisin †, la servitude en vertu de laquelle il est permis de mettre dans le mur voisin une poutre, ou quelqu'autre pièce appartenant à la charpente de la maison, pour qu'elle y pose, d'où nait *la même obligation que ci-devant pour le maitre de l'héritage servant.* On appelle *droit de batir en saillie* *, la servitude en vertu de laquelle un batiment avance sur le sol, ou sur le bâtiment d'autrui, sans cependant reposer sur la maison voisine. Le *droit d'empêcher qu'on ne hausse un bâtiment* †, est la servitude en vertu de laquelle le maitre de l'héritage dominant peut empêcher, que le maitre de l'héritage servant n'exhausse trop son bâtiment; & au contraire *le droit de faire hausser un bâtiment* *, est une servitude en vertu de laquelle quelqu'un, en faveur de son voisin, ne peut avoir sa maison plus basse qu'il ne l'a à présent. On appelle *servitude des jours* †, celle par laquelle quelqu'un est obligé de recevoir dans son mur, ou dans un mur commun, des fenê-

Des différentes espéces de servitudes d'héritage.

* servitus oneris ferendi.

† servitus tigni immittendi.

* servitus projiciendi.

† servitus altius non tollendi.

* servitus altius tollendi.

† servitus luminum.

vons fait voir sur la fin de la note au paragraphe CCCCXXXVII.

§. DCCVIII. (*u*) L'expression dont notre Auteur se sert ici, pour indiquer la nature d'une servitude, répond à ce que j'ai remarqué ci-dessus; savoir, que le droit sur une chose est proprement celui d'empêcher, qu'un autre ne nous trouble point dans l'exercice de ce droit. Les Institutes de JUSTINIEN sont très propres à développer les élements que l'Auteur présente ici, & les Interprêtes en ont assez dit, pour y trouver de quoi se satisfaire pleinement sur cette matière: d'ailleurs notre Auteur n'y laisse rien à désirer dans son grand Ouvrage, *P.* v. *C.* VI. Voy. *Instit. L.* II. *T.* III.

nêtres pour les jours. La *servitude pour la vue* *, est celle par laquelle le voisin est obligé de souffrir, que nous ayons dans notre maison des fenêtres pour la vue. On appelle *fenêtres pour les jours* †, celles par lesquelles la lumiere entre dans notre maison, & *fenêtres pour la vue*, celles par le moyen desquelles nous avons la vue sur d'autres lieux, comme sur la maison, sur le jardin d'un autre. Le *droit d'empêcher qu'on ne nuise à nos jours* *, est la servitude en vertu de laquelle quelqu'un ne peut faire dans son héritage quelque chose, qui ôteroit ou diminueroit les jours de notre maison. Le *droit d'empêcher qu'on ne nuise à notre vue* †, est une servitude en vertu de laquelle quelqu'un ne peut rien faire dans son héritage qui empêche, que nous n'ayons la vue libre sur des lieux quelconques de plaisance, & qui nous sont agréable. On appelle *droit de détourner une goutière* *, la servitude en vertu de laquelle quelqu'un est contraint de souffrir, que je fasse passer par son toit, sa cour, ou son cloaque l'eau qui coule de mon toit, ou par un canal; & le *droit d'empêcher qu'on ne détourne une goutière* †, est la servitude en vertu de laquelle quelqu'un ne peut diriger son égout que vers votre maison, ou votre jardin. Le *droit de décharge d'un cloaque* *, est la servitude en vertu de laquelle vous êtes obligé de souffrir que votre voisin fasse passer par votre sol les saletés, rassemblées dans le sien; mais *le droit d'avoir un cloaque* †, est une servitude en vertu de laquelle notre voisin est obligé de souffrir, que nous ayons un cloaque le long de son mur, par où l'on voit ce que c'est que le droit d'avoir un égout *. On distingue par trois différents mots latins, 1. la servitude par laquelle nous sommes obligés de souffrir, qu'un homme passe par notre héritage, pour aller au sien, soit à pied ou à cheval, ou en litiere pour le bien de son héritage †; 2. la servitude par laquelle nous sommes contraints de souffrir, que le maître d'un autre héritage fasse passer ses bêtes ou sa voiture par notre héritage pour aller au sien *; cette servitude est dite *complète*, s'il peut faire passer ses bêtes attelées à sa voiture; elle est *moins complète*, s'il ne peut que faire passer ses bestiaux, mais non ses bêtes attelées à une voiture; 3. la servitude par laquelle quelqu'un est obligé de souffrir, non seulement que vous alliez & fassiez passer par son héritage, mais aussi que vous chariiez, meniez, portiez, trainiez, tout ce qui sert à l'utilité de votre héritage †. Le *droit de puiser de l'eau* *, est une servitude en vertu de laquelle quelqu'un est obligé de souffrir, que vous puisiez de l'eau dans son puits, ou dans quelqu'autre endroit qui lui appartient, pour la nécessité de votre fonds. Le *droit d'avoir un aqueduc* †, est une servitude par laquelle nous sommes obligés de souffrir, que quelqu'un conduise de l'eau à travers notre fonds, de quelque manière que ce soit, pour l'utilité du sien; & le *droit de décharger de l'eau* *, est une servitude en vertu de laquelle nous sommes obligés de souffrir, que quelqu'un fasse sortir par notre fonds une eau superflue ou inutile au

* servitus prospiciendi, ou prospectus
† fenestræ luciferæ.
* servitus ne officiatur luminibus.
† servitus ne prospectui officiatur.
* servitus stillicidii avertendi vel recipiendi.
† servitus stillicidii non avertendi.
* servitus cloacæ immittendæ.
† servitus cloacæ habendæ.
* servitus sterquilinii habendi.
† iter.
* actus.
† via.
* aquæ haustus.
† aquæ ductus.
* servitus aquæ educendæ.

§. DCCXII. (x) Tout ce qui n'est pas indiqué ou touché dans ce paragraphe se trouve plus amplement exposé au *Ch.* VI. *P.* V. du grand ouvrage de notre Auteur §. 1265. & suiv. jusqu'au §. 1420. On peut y confronter les *Institut. L.* II. *T.* III.

§. DCCXIII. (y) On peut, & on fera même bien de lire dans le grand ouvrage de notre Auteur, comment il développe ce qu'il enseigne ici en abregé des servitudes personnelles; & on ne fera pas mal encore d'y confronter ce que JUSTINIEN & quelques uns de ses bons Commentateurs en ont dit, quand ce ne seroit que pour voir les différentes manieres, dont on peut traiter un même sujet. Remarquons en passant, que l'expression de *pati cogitur*, employée ici comme ailleurs, pour définir quelque droit particulier sur une chose, confirme la reflexion que j'ai faite ci-dessus sur

au fien. Le *droit d'abreuver les troupeaux* †, eſt une ſervitude en vertu de laquelle nous ſommes obligés de ſouffrir, que les beſtiaux d'un héritage voiſin viennent à notre fontaine, ou à notre eau pour s'abreuver. Le *droit de paitre*, eſt une ſervitude en vertu de laquelle nous ſommes obligés de ſouffrir, que quelqu'un faſſe paitre dans notre héritage les beſtiaux du ſien. Le *droit de cuire de la chaux*, eſt une ſervitude en vertu de laquelle nous ſommes obligés de ſouffrir, que quelqu'un cuiſe de la chaux dans notre fonds pour l'avantage du ſien. On voit par les noms même ce que c'eſt que *le droit de prendre du ſable*, *de tailler des pierres*, *de ramaſſer des branches ſêches*, *de recueillir des glands*, *de chaſſer*. Le *droit de prendre des appuys* *, eſt une ſervitude en vertu de laquelle nous ſommes obligés de ſouffrir, que quelqu'un prenne dans notre bois des ſoutiens pour ſes arbres ou ſes vignes, ſes houblons ou ſes féves. Le *droit de faire du bois* †, eſt la ſervitude en vertu de laquelle nous ſommes obligés de ſouffrir, que quelqu'un coupe dans notre forêt du bois pour un certain uſage, pour l'utilité de ſon fonds. On comprend, que *tous ces droits ont été accordés à l'héritage dominant, parce que ſans cela il ne pourroit exercer ſon droit*, puiſqu'autrement la ſervitude ſeroit inutile. On comprend encore, que *le droit de l'héritage dominant peut être augmenté ou reſtreint en une infinité de manieres, par des conditions attachées à l'établiſſement des ſervitudes* (§. DCCX.). (x)

† pecoris ad aquam appulſus.

* jus pedamenta ſumendi.

† jus lignandi.

§. DCCXIII. Ce que nous avons dit des ſervitudes réelles, a lieu auſſi par rapport aux ſervitudes perſonnelles. Une des principales d'entre celles-ci, c'eſt l'*uſufruit*, qui eſt une ſervitude perſonnelle, en vertu de laquelle le maitre eſt obligé de ſouffrir, qu'un autre uſe & jouiſſe de ſa choſe, en conſervant la ſubſtance. Celui qui a l'uſufruit s'appelle l'*uſufruitier*. Ainſi *la propriété reſte au maitre*: par conſéquent *tout ce que le maitre peut faire en vertu de la propriété, il n'eſt pas permis à l'uſufruitier de le faire*. C'eſt pourquoi *il ne peut point aliéner la choſe qui doit l'uſufruit* (§. CCLVII.), *ni la changer* (§. CCLVI.), *ni l'engager* (§. DCC.), *ni lui impoſer quelque ſervitude* (DCCX); *mais il peut diſpoſer de l'uſufruit à ſon gré*, puisque c'eſt un droit qui lui appartient en propre (§. CXCV. CCVI.). Il paroit auſſi qu'*on ne peut ſe ſervir de la choſe, que dans l'état où elle eſt*; & il n'eſt pas moins évident, que *l'uſufruit peut être conſtitué ſur toutes les choſes meubles & immeubles, même incorporelles, dont on peut faire uſage & jouïr, de façon qu'elles reſtent entières, & aux conditions qu'il plaira au conſtituant* (§. CCCXIV.). (y)

De l'uſufruit.

§. DCCXIV. Comme *les métaux & les minéraux* ne renaiſſent pas en peu de temps, ils ſont regardés moins comme fruits du fonds, que comme appartenant à ſa ſubſtance, & par conſéquent ils *n'appartiennent point à l'uſufruit* (§. DCCXIII.). *La même choſe doit s'entendre*, par la même raiſon, *des vieux arbres, dont les fruits, s'ils en portent, ſont dans l'uſufruit* (ibid.). Mais comme *le taillis* renait au bout de peu d'années, & que ſon uſage conſiſte ſeulement dans la coupe, il *eſt dans l'uſufruit*; c'eſt-à-dire, que *l'uſufruitier peut couper du bois de la manière dont le faiſoit celui*

Des choſes douteuſes, ſi elles ſont compriſes dans l'uſufruit.

ſur la nature de ce droit. JUSTINIEN nomme l'uſufruit un droit d'uſer & de jouïr de la choſe d'autrui, ſauf la ſubſtance de la choſe. *Eſt autem* (ajoute-t-il) *jus in corpore, quo ſublato & ipſum tolli neceſſe eſt.* Il donne quaſi à connoitre, que c'eſt un droit ſur la choſe, parce que ce droit s'évanouit, dès que la choſe perit. La raiſon ne ſeroit pas des plus concluantes: car quoiqu'il ſoit vrai, que ce droit ſemble ſe perdre dès que la choſe perit, c'eſt plutôt l'exercice du droit, qui ſe perd que le droit même. Un effet purement phyſique ne peut jamais anéantir une faculté morale, qui ſuppoſe le droit d'exercice dès que la choſe exiſte. Ici, comme à bien d'autres égards, le Droit Romain confond le phyſique avec le moral. Les Interprêtes auroient bien dû corriger ce défaut.

celui qui a accordé l'usufruit, ou que la coutume authorise. C'est pourquoi aussi, *s'il est d'usage de couper chaque année un certain nombre d'arbres dans un bois non taillis, ou de haute futaye, l'usufruitier en peut couper le même nombre:* par conséquent *les arbres abbatus par le vent appartiennent au maitre, & non à l'usufruitier, qui, si le maitre le veut, est obligé de les accepter en compensation de ceux qu'il auroit pu couper*, puisque le maitre peut disposer de la substance du bois, de façon qu'elle ne soit pas détériorée, sauf le droit de l'usufruitier.

Quelles choses appartiennent encore à l'usufruitier, lorsque l'usufruit est fini.

§. DCCXV. Puisque la chose qui étoit dans l'usufruit doit être restituée par l'usufruitier, lorsque l'usufruit est fini (§. DCCXIII.), *si l'usufruit est constitué sur un troupeau, l'usufruitier est obligé de substituer d'autres bêtes à celles qui sont mortes, ou qui ont été aliénées.* Et puisque *après la fin de l'usufruit*, le droit qu'a l'usufruitier de recueillir les fruits cesse, *les fruits pendants alors sont au maitre, ou au propriétaire.* Mais comme *les fruits d'industrie* sont les fruits de l'industrie aussi-bien que du fonds (§. CCXXVI.), *lorsque l'usufruit est fini*, ils *sont communs à proportion de ce que valent l'usage du fonds, & la culture & le soin de l'usufruitier.* Particulierement puisque *les rentes qu'il faut payer pour un usage qui se recueille continuellement* sont proportionnelles au temps, lorsque l'usufruit finit avant le terme du payement, elles *doivent être partagées à proportion du temps, entre le propriétaire & l'usufruitier.* Mais *les rentes qui se payent à raison du droit sur la chose*, telles que les dîmes, ressemblant avant le terme du payement aux fruits pendants, elles *appartiennent au propriétaire.*

Sur qui tombent les cas fortuits.

§. DCCXVI. Puisque les fruits sont à l'usufruitier, & les choses qui sont dans l'usufruit au propriétaire (§. DCCXIII.), *le dommage arrivé aux fruits est pour l'usufruitier, & le dommage arrivé à la chose est pour le propriétaire.*

Des charges, & des frais.

§. DCCXVII. Par la même raison *l'usufruitier est obligé de payer toutes les charges, soit ordinaires, soit extraordinaires, qu'il faut payer pour les fruits & les revenus, & faire les frais, sans lesquels les fruits ne peuvent exister & se recueillir.* Mais *si les charges extraordinaires excédent les fruits*, puisqu'alors elles sont censées imposées pour le bien de la chose, & non pas seulement pour les fruits, *le propriétaire doit payer ce qui a été dépensé au-delà de la valeur des fruits.* En effet le maitre & l'usufruitier doivent faire ensemble ce que le propriétaire feroit seul, s'il étoit maitre de plein droit.

Quand finit l'usufruit.

§. DCCXVIII. *L'usufruit* étant un droit personnel (§. DCCXIII.), il *s'éteint par la mort de l'usufruitier* (§. CCCC.); il s'éteint aussi *si l'usufruitier le remet* (§. CCCXLII.), comme encore *par la perte de la chose*, puisqu'on ne peut faire usage, ni jouir d'une chose qui n'existe plus; enfin *s'il étoit à temps*, il s'éteint *lorsque le temps fixé est écoulé* (§. CCCXVII.). Il suit de là que, *si une maison étant tombée en ruine par vétusté, ou consumée par un incendie, on en rebâtit une nouvelle, l'usufruitier n'en a point l'usufruit.*

Du quasi-usufruit.

§. DCCXIX. On appelle *quasi-usufruit*, une servitude personnelle, en vertu de laquelle quelqu'un est obligé de souffrir qu'un autre se serve, & jouisse de sa chose qui se consume par l'usage, desorte qu'après le quasi-usufruit fini, il doit rendre ou la chose en genre, ou sa valeur. Puisque le domaine de la chose doit être transféré au quasi-usufruitier (§. CXCV. CXCVIII.), *s'il arrive quelque cas fortuit à la chose quasi-usufructuaire, c'est pour le compte du quasi-usufruitier.*

Des sûretés qu'on doit donner.

§. DCCXX. Puisqu'on employe la fidejussion pour la sûreté d'une dette (§. DLXIX.), & qu'on peut joindre le gage à quelque acte obligatoire que ce soit (§. DCXCVII.), *s'il y a lieu de craindre, qu'après que l'usufruit sera fini, le quasi-*

§. DCCXIX. & DCCXX. (z) Voyez les *Institutes* de JUSTINIEN *t. de usufructu §. 2.*

§. DCCXXI.

quasi-usufruitier ne puisse pas restituer la chose, ou que l'usufruitier ne puisse faire après l'usufruit fini, ce à quoi il est tenu envers le propriétaire, l'un & l'autre doivent pourvoir à la sûreté du propriétaire ou quasi-propriétaire par des fidejusseurs, ou par une hypothèque. Mais *si l'on ne peut pourvoir à cette sûreté*, comme on ne peut ôter ni à l'un ni à l'autre son droit malgré lui (§. c.), *la chose usufructuaire, ou quasi-usufructuaire doit être donnée à l'usufruitier, ou au quasi-usufruitier pour une certaine somme d'argent, ou confiée au proprietaire, s'il le veut, ou à un tiers.* (z)

§. DCCXXI. *L'usage* est une servitude personnelle, en vertu de laquelle je suis obligé de souffrir qu'un autre use d'une chose qui m'appartient, soit qu'elle rapporte du fruit ou non, en conservant la substance. On dit qu'on *use d'une chose* en stile de Droit Romain, quand on en retire pour soi & les siens, les commodités & les avantages, dont on a besoin pour la nécessité & pour la commodité. Celui à qui l'usage est constitué s'appelle l'*usager*. Comme cet usage doit être fixé, & que le droit qui appartient à l'usager, doit être estimé par la volonté du constituant (§. cccxiv.); *naturellement celui qui constitue l'usage doit déterminer quel il doit être.* On appelle *usage plein*, celui par lequel il est permis de prendre de la chose d'autrui tout ce que requiérent la nécessité & la commodité; & l'on appelle usage *moins plein*, celui par lequel on accorde à l'usager une certaine partie des émoluments, qu'on peut retirer de la chose pour subvenir aux nécessités de la vie; ainsi l'*usage plein s'estime par les besoins de l'usager.* C'est pourquoi, puisque l'usage plein est par lui-même indéterminé, & que l'usage moins plein est déterminé, *l'usage moins plein peut être transféré à un autre, mais non l'usage plein.* Et puisque l'usager n'a que le droit de prendre des fruits autant qu'il en faut pour ses besoins, & que le maitre a le droit de jouissance, *c'est le maitre & non l'usager qui doit cultiver le fonds. Si* cependant *on ne peut en avoir l'usage sans frais*, si, par exemple, l'on avoit accordé l'usage de bœufs pour le labourage, comme une telle concession est censée telle qu'elle peut être, *les frais*, tels que le paturage qu'il faut fournir aux bœufs, *regardent l'usager.* Du reste il paroit en comparant les définitions, qu'*il n'y a point de contradiction à ce que l'usage & l'usufruit d'une seule & même chose soient constitués à deux différentes personnes.* (a) De l'usage.

§. DCCXXII. On appelle *quasi-usage*, l'usage constitué sur une chose qui se consume, & qui ne pouvant être restituée en espèce, doit être restituée en genre, quand le quasi-usage est fini; comme, par exemple, si je vous accorde l'usage d'un argent, que vous pouvez tourner à votre profit, ou prêter à d'autres à intérêt. Du quasi-usage.

§. DCCXXIII. Enfin l'*habitation* est une servitude, en vertu de laquelle le maitre doit souffrir qu'un autre habite soit sa maison entière, soit quelque portion. L'*habitation* étant distincte de l'usage de la maison, *celui qui habite une maison, ou qui en habite une partie qui lui a été accordée, doit y habiter seul, & non pas louer cette partie ou telle autre à un autre pour un certain loyer.* Et comme le droit d'habiter est ôté au propriétaire, & transféré à l'habitant, *si l'habitant ne peut occuper toute la maison, le maitre ne peut pas cependant user ou jouir lui-même des parties vuides.* Au reste comme le droit de l'habitant doit se mesurer par la volonté de celui qui lui a constitué ce droit (§. cccxiv.), *naturellement l'habitation peut être accordée de manière, que l'habitant puisse louer son droit à un autre pour un certain loyer, & retirer ce loyer.* De l'habitation.

CHA-

§. DCCXXI. (a) A ce paragraphe & aux suivants répond le titre des *Institutes de usu & habitatione.*

CHAPITRE XVI.

Du domaine utile, & particulierement du fief. (†)

Du domaine utile en général. §. DCCXXIV. On appelle *domaine utile*, celui dans lequel le droit d'ufufruit eft entièrement libre, mais dont la propriété eft reftreinte en quelque manière à un autre. Celui qui a un domaine utile, eft appellé maitre ou *feigneur utile.* Et l'on appelle *domaine direct*, la partie de la propriété qui par la reftriction eft ôtée au feigneur utile, & appartient à un autre. Comme la propriété renferme le droit d'aliéner, & de changer le fonds (§. CXCVIII. CCLVI. CCLVII.); *naturellement fa propriété peut être reftreinte ou par rapport au droit d'aliéner, ou par rapport au droit de changer la chofe, ou par rapport à l'un & à l'autre;* par conféquent *fi l'on reftreint le droit d'aliéner, le feigneur utile ne peut point aliéner par lui-même, ou il ne le peut qu'à certaines conditions.* Il eft évident en foi, que *le fei-*

(†) CHAP. XVI. Jufqu'à préfent l'Auteur a traité de ces fortes de contracts ou actes permutatoires, qui font les plus fimples: maintenant il paffe à ceux qui font plus compliqués, par les reftrictions ou les conditions, fous lefquelles on peut prendre des engagements. On peut me rendre, par exemple, maitre d'une chofe, on peut m'en accorder l'ufufruit, ou bien feulement l'ufage: mais on peut me rendre plus ou moins maitre d'une chofe; on peut m'en accorder l'ufufruit, ou bien l'ufage plus ou moins limité: de là différentes combinaifons, dont l'Auteur commence par expofer les principes.

§. DCCXXIV. (*b*) Pour bien comprendre ce que l'Auteur dit ici, il faut fe rappeller, que le domaine confifte dans la faculté de pouvoir difpofer à volonté d'une chofe: or cette faculté pouvant être plus ou moins limitée, on a diftingué les domaines fuivant la nature des limitations, qui les laiffent fubfifter plus ou moins pleinement. Par exemple, celui qui eft parfaitement maitre d'une chofe, & qui par là peut en difpofer à fon gré, peut la céder ou transférer à un autre, fous telle condition qu'il juge bon, fi celui-ci veut l'accepter à cette condition-là: il peut donc la transférer fous la condition d'en retenir la propriété; & que celui, auquel il la transfere, ne pourra jamais l'aliéner, ni y faire quelque changement: il peut la céder ou transférer à condition de ne l'aliéner lui-même que dans certains cas; & de n'y faire que tels ou tels changements, ainfi du refte. Or comme celui qui poffede le droit d'ufer & de jouïr d'une chofe, en retire proprement l'utilité; & que celui qui poffede le droit fur la fubftance de la chofe, eft proprement celui qui peut la faire paffer à un autre, & comme le droit de jouïr & d'ufer d'une chofe fait une partie du domaine, comme celui de difpofer de fa fubftance, en fait une partie, on a nommé *domaine utile* la faculté d'ufer & de jouïr d'une chofe, jointe au droit d'empêcher plus ou moins la libre difpofition de la fubftance d'une chofe; & *domaine direct* cette partie du domaine entier, par laquelle on a le droit, quoique plus ou moins limité, de difpofer de la fubftance de la chofe: & c'eft pour cela que notre Auteur a raifon d'obferver, que dans la conceffion d'un domaine utile, il faut bien faire attention à la loi, fous laquelle on l'accorde, & à celle par laquelle on reftreint la propriété.

§. DCCXXV. (*c*) Les différentes définitions que l'on a données de l'*emphytéofe*, ou du contract emphytéotique, prouvent encore la remarque que j'ai déjà faite plus d'une fois; favoir, qu'il eft très-difficile de donner de bonnes définitions. Il y a beaucoup à redire à celles de l'emphytéofe, qu'on trouve dans le *Dictionnaire de Droit & de Pratique* de Mr. FERRIERES. Cet Auteur nomme l'*emphytéofe* un *bail à longues années d'un heritage, à la charge de le cultiver & améliorer, ou d'un fonds, à la charge d'y batir, ou d'une maifon, à condition de la rebatir, moyenant une certaine penfion modique, payable par chacun an par le preneur, & à la charge auffi ordinairement de bailler au temps du contract par le preneur une certaine fomme;* & un peu plus loin, il l'appelle *une aliénation de la propriété utile en la perfonne du preneur, pendant tout le temps de la conceffion, avec une retention de la propriété directe de la part du bailleur:* il ne faut pas avoir le genie fort pénétrant, pour s'appercevoir, que ces définitions font très-défectueufes. Le célèbre VOET dans fes

seigneur utile tire seul toute l'utilité de la chose. Au reste comme le domaine est originairement plein (§. CXCV. CXCVIII.), *on ne peut acquérir originairement un domaine utile, ou direct, que par une convention, de la part de celui qui a le domaine plein* (§. CCCXIV. CCCCXXXVIII.); *& celui qui accorde l'un ou l'autre peut y mettre les conditions qu'il lui plait* (§. CCCXIV.). Dans la concession du domaine utile il faut sur-tout considérer deux choses, savoir la loi ou la condition sous laquelle on l'accorde, & la condition par laquelle la propriété est restreinte. (*b*)

§. DCCXXV. L'*emphytéose* est un domaine utile accordé sur une chose immeuble, sous la condition qu'on payera une certaine rente annuelle, en reconnoissance du domaine direct, la propriété étant restreinte par certaines loix. La chose sur laquelle l'emphytéose est constituée, s'appelle *chose emphytéotique*, ou *bien emphytéotique.* Celui qui a l'emphytéose sur la chose, s'appelle l'*emphytéote*, & celui de qui il tient l'emphytéose, s'appelle *le seigneur de l'emphytéose.* La rente qu'on paye en reconnoissance du domaine direct, s'appelle *rente* ou *redevance emphytéotique* ou seigneuriale *; & l'on appelle *contract emphytéotique* celui par lequel on constitue & on acquiert l'emphytéose. (*c*) *L'emphytéose, ce que c'est.*

* canon emphyteuticus.

§. DCCXXVI. Puisque la redevance se paye en reconnoissance du domaine direct *De la redevance emphytéotique.*

ses Commentaires sur les Pandectes, définit le contract emphytéotique par un *contractus Juris Gentium, bonæ fidei, nominatus, consensu constans, quo prædium alicui fruendum conceditur in perpetuum, aut ad tempus non modicum, sub lege meliorationis & præstationis annui canonis.* VAN ECK Jurisconsulte distingué, & autrefois Professeur en Droit dans l'Université d'*Utrecht*, paroit avoir suivi cette définition de VOET; mais en la rendant plus prolixe il l'a rendue moins exacte: *est* (dit-il) *contractus Juris Gentium, nominatus, consensu constans, bonæ fidei, quo dominus usum fructumque, & omnem utilitatem prædii sui alteri hac lege concedit, ut id cultius meliusque reddat, & in recognitionem dominii certum annuum canonem solvat.* BOEHMER nomme le droit emphytéotique *dominium utile alicui, sub lege annui canonis præstandi, in recognitionem dominii directi in bonis immobilibus constitutum, vi cujus emphyteuta re emphyteuticaria uti frui, & de illa quodammodo disponere potest;* & voici comment HUBER definit l'emphytéose *ad t. Inst. de loc. & cond. Emphyteusis definitur contractus consensualis, quo dominus fundi sui fructum & jus dominio proximum concedit alteri, hac lege, ut fundum faciat meliorem, & quamdiu vectigal, sive pensionem præstat, eum fundum retineat.* SCHNEIDEWIN dans ses Commentaires sur les Instituts, rapporte la définition d'ALVAROT *in prælud. feud. ut sit locatio rei immobilis, facta in perpetuum pro annua pensione, hac lege, ut quamdiu pensio solvatur, non possit auferri ab emphyteuta.* Mr. PREVOT DE LA JANNES parle de l'emphytéose de la maniere suivante dans ses *Principes de la Jurisprudence Françoise* T. I. Tit. IX. §. CXCIII. p. 243. „ Si le Propriétaire d'un fonds, sans l'aliéner, cede néanmoins à un autre le droit d'en „ jouïr pendant sa vie, ou s'il s'en retient la „ jouissance pour lui-même en l'aliénant, c'est „ un droit réel qu'on appelle *usufruit;* s'il cedoit purement & simplement cet usufruit à perpétuité, l'usufruit alors ne pourroit plus être „ distingué de la propriété: mais si, en le cédant „ ainsi, il se reservoit sur l'héritage certains „ droits qu'on fut tenu d'acquiter, en reconnoissance de la propriété retenue, il la conserveroit par là, malgré l'aliénation par lui faite à „ perpetuité de la jouïssance; c'est ce qu'on appelle *emphytéose.*" Il paroit par ces différentes définitions, que les Jurisconsultes ne s'accordent gueres sur les caractères essentiels de l'emphytéose: Mr. DE BOUTARIC remarque, que „ le célebre CUJAS a si fort regardé la condition de „ méliorer & de reparer, comme essentielle au „ contract emphytéotique, qu'il a cru qu'on ne „ pouvoit bailler à ce titre, que les fonds deserts „ ou incultes." *Inst. de Just. conferés au Droit François.* L. III. T. XXV. §. 3. p. 486. Enfin notre Auteur lui-même n'a pas reussi, ce me semble, à nous tracer les caractéres essentiels de l'emphytéose. Premierement je ne vois point qu'il soit de l'essence de l'emphytéose, que la pension se paye uniquement en reconnoissance du domaine direct: elle peut avoir un double motif ou un double objet: celui de la reconnoissance, & celui des fruits qu'on retire par le domaine utile. En second lieu, quoiqu'en vertu de l'emphytéose l'emphytéote participe en quelque sorte à la propriété, ce n'est pourtant que d'une certaine façon, que la définition devroit, je crois, marquer & indiquer. La partie de la propriété, qu'on communique à une emphytéote, regarde uniquement le droit de faire des changements à la chose;

rect (§. DCCXXV.), & que par conséquent son payement n'est destiné qu'à prouver, que l'emphytéote reconnoit le domaine direct sur la chose emphytéotique, *il n'est pas besoin que la quantité de la redevance soit proportionnée à l'utilité qu'on retire de la chose emphyteotique:* par conséquent puisqu'il n'y a point de raison intrinsèque de *cette determination*, elle *doit se faire par le consentement mutuel, de l'emphytéote & du seigneur dans le contract emphytéotique;* & puisqu'il faut se tenir à ce contract (§. CCCCXXXVIII.) *la redevance ne doit point être augmentée, parce que le fonds est amélioré, ou que les revenus sont augmentés, ou à cause de leur petitesse, & elle peut consister tant en argent qu'en choses quelconques*, selon qu'on en est convenu. Puisque l'emphytéose est fondée sur un contract (§. DCCXXV.), *l'emphytéote est obligé de payer la redevance chaque année* (§. DXIV.), *& le maitre a le droit de l'exiger* (§. LXXX.), par conséquent *l'emphytéose ne se perd pas parce qu'on a négligé le payement, ou parce qu'on l'a refusé, à moins qu'on n'en soit convenu expressément* (§. DCLXVII.). Pareillement puisque *la redevance* ne se donne pas pour l'utilité qu'on retire de la chose, *il faut la payer quand même on n'auroit pendant cette année, retiré que peu ou point d'utilité de la chose emphytéotique, à moins qu'on ne soit expressément convenu de remettre ou de diminuer la rente dans certains cas* (ibid.). Puisque le droit d'exiger la redevance appartient au seigneur en vertu du domaine direct, en reconnoissance duquel on la donne (§. DCCXXV.), & que par conséquent c'est un droit sur une chose (§. CCCXXXIV); *le seigneur de l'emphytéose peut exiger d'un possesseur quelconque, la redevance qui n'a pas été payée par l'emphythéote.* (*d*)

Du contract emphytéotique. §. DCCXXVII. Puisqu'il dépend de la seule volonté du seigneur qui constitue l'emphytéose, de transférer le domaine utile aux conditions qu'il lui plait (§. CCCXIV.), *il faut dans le contract emphytéotique fait avec le premier acquerant*, sur lequel est fondée toute emphytéose (§ DCCXXV.), *définir comment la propriété doit être restreinte, soit par rapport à l'aliénation, soit par rapport au changement de la chose emphytéotique* (§. CCLVI. CCLVII.), *& il faut déterminer toutes les choses, qui ne*

se; & non pas des changements ou des altérations à volonté, mais seulement des changements, qui ne rendent point la chose différente en nature de ce qu'elle est, mais différente seulement par rapport à des propriétés accidentelles. Par exemple, le maitre d'une terre la donne en emphytéose: si l'emphytéote, sous prétexte de pouvoir y faire des changements, alloit en tirer la terre pour en faire des tourbes, ou des briques, il en changeroit la nature: ainsi bien loin que le contract emphytéotique emporte ou comprenne le droit de faire de pareils changements, ce droit y seroit même contraire. De plus, quoique le contract emphytéotique suppose par sa nature, que l'emphytéote a droit de faire des changements à la chose, ce contract ne le suppose que par rapport à des changements, qui tendent à rendre la chose meilleure. C'est là en général l'idée sur laquelle tous les Jurisconsultes sont d'accord: & à bien considérer ce contract, en le débarrassant de tout ce qui n'est qu'accidentel, c'est comme si quelqu'un disoit: je vous remets tel immeuble avec le droit d'en jouir & d'en disposer, moyennant que j'en demeure le maitre, que vous ne le changiez pas de nature, que vous ne le détérioriez pas, & que vous me payiez une rente annuelle: & sur ce pied l'emphytéose seroit un domaine utile sur un bien immeuble, avec la libre disposition sur ce qui peut le rendre meilleur, sous la condition de payer une pension annuelle à celui qui a le domaine direct

§. DCCXXVI. (*d*) Dans le paragraphe précédent notre Auteur a fait connoitre, que la pension se payoit en reconnoissance du droit direct: il en conclut ici que, puisqu'elle ne se paye point pour l'utilité qu'on retire de la chose, elle doit être payée quand même on n'en retireroit que peu ou point de fruits durant une année: si cette raison est bonne, par rapport à une année, elle doit l'être également pour tout le temps qu'un emphytéote possede la chose: elle ne me plait pas. Car supposé même que la pension se payât uniquement, en reconnoissance du domaine direct, c'est,

ne sont pas déterminées par la nature de l'emphytéose, & qui par conséquent peuvent l'etre de plus d'une manière. D'où il suit, que *tous les droits tant du seigneur que de l'emphytéote, doivent s'estimer par le contract fait avec le premier acquérant.* Puisque lorsque la chose emphytéotique est aliénée le nouvel emphyteote, doit reconnoitre pour seigneur le seigneur de l'emphytéose, *il faut renouveller le contract emphytéotique avec le nouvel emphytéote.* Quoique *la même chose ait lieu, si l'on aliene le domaine direct*, cependant comme l'emphytéote peut s'obliger expressément à reconnoitre pour son seigneur, non-seulement le seigneur actuel de l'emphytéose, mais aussi tous ses successeurs légitimes, *si l'emphytéote s'est obligé de reconnoitre pour son seigneur tout successeur légitime du seigneur présent, le contract n'a pas besoin de renovation.*

§. DCCXXVIII. On appelle *relief* * ou *rachat*, l'honoraire qu'on doit payer au seigneur direct pour la renovation du contract emphytéotique. (*) Il *consiste* donc *dans une somme d'argent* (§. DXXV.), *& il faut en fixer la quantité dans le contract emphytéotique, & determiner si on le payera seulement au changement d'emphytéote, ou aussi au changement de maitre.* Il paroit au reste, comme ci-dessus au sujet de la redevance (§. DCCXXVI.), que *le droit d'exiger le relief est un droit sur une chose*, puisqu'il descend du domaine direct, c'est-à-dire, d'un droit sur une chose (§. CCCXXXIV.), sans quoi il seroit absolument inutile. *Du relief.*

* laudemium.

§. DCCXXIX. Puisque le droit emphytéotique doit être determiné par le contract emphytéotique (§. DCCXXVII.), *si l'on accorde l'emphytéose en faveur de certaines personnes, elle s'eteint lorsque toutes ces personnes sont mortes; si elle a été accordée pour un certain temps, elle s'éteint lorsque ce temps est écoulé; ou aussi si l'emphytéote remet l'emphytéose en faveur du seigneur, ou le seigneur en faveur de l'emphytéote* (§. CCCXXXVII. CCCXLII.). Il est au reste evident en soi, que *l'emphytéose s'éteint si la chose emphytéotique périt.* Mais *si le seigneur de l'emphytéose meurt sans successeur*, comme le domaine direct est au nombre de ses biens (§. CCVII.), *naturellement il devient une chose qui n'est à personne*, par conséquent il peut être occupé (§. CCX.), & *l'emphytéose ne s'éteint pas pour cela.* *Quand finit l'emphytéose.*

§. DCCXXX.

c'est-à-dire, pour reconnoitre que celui, à qui on la paye est seigneur ou maitre direct de la chose, cependant il seroit toujours vrai, que l'emphytéote ne s'est engagé à payer cette pension, que par l'utilité qu'il a cru voir dans le domaine utile: desorte qu'il n'est pas exactement vrai, que la pension ne se donne pas pour l'utilité qu'on retire de la chose. Il est plus naturel de dire, que l'emphytéote acceptant le domaine utile, prend sur soi le risque d'en tirer plus ou moins de fruit & même d'en être privé pendant une année, & que c'est là la raison pour laquelle la pension doit se payer, malgré les calamités qui peuvent survenir: d'ailleurs les contracts emphytéotiques ne se bornent pas aux terres incultes; & il n'est pas généralement vrai, que la pension se paye uniquement en reconnoissance du domaine direct, ainsi que je l'ai remarqué au paragraphe précedent.

Le raisonnement dont notre Auteur se sert à la fin de ce paragraphe, pour prouver que le maitre direct peut exiger la pension de tout possesseur quelconque, dès que l'emphytéote est en défaut, ne me plait pas non plus parce que le *jus in re* me revolte, dès qu'on considere ce droit comme attaché à une chose physique: c'est une idée qu'il est aussi impossible de réaliser, qu'il est impossible de changer les essences des choses. Ce n'est pas par un droit sur la chose proprement dit, que le maitre direct peut exiger la redevance de tout possesseur, mais parce qu'il a droit d'exclure un chacun du domaine utile, si la pension ne lui est pas payée; attendu que ce n'est qu'à cette condition qu'il a cedé le domaine utile: d'où il s'ensuit, que le domaine utile ne pouvant malgré lui passer à d'autres sans cette condition; le droit d'exiger la pension s'étend sur quicônque possede le domaine utile.

(*) *Relever un fief* c'est payer le relief; ce qui se fait lorsque le fief change de possesseur. Le mot de *relever* marque encore en François la dépendance, où est le feudataire du seigneur direct, on dit que le premier *releve* du dernier. R. d. T.

Ce qui arrive lorsque l'embytéose est finie.

§. DCCXXX. Quand on constitue l'emphytéose on sépare le domaine utile du domaine direct, ou pour un certain temps, ou pour aussi long-temps qu'il y aura des successeurs légitimes, selon qu'on l'a défini dans le contract emphytéotique (§. DCCXXVII.). C'est pourquoi l'intention de celui qui la constitue est censée etre, que quand le temps sera écoulé, ou que les successeurs légitimes manqueront, le domaine utile se rejoigne avec le domaine direct, par conséquent *l'emphyteose étant finie, le domaine utile retourne au seigneur de l'emphytéose, qui, par conséquent, redevient maitre de plein droit.*

Du bail emphytéotique, & sous-emphytéotique.

§. DCCXXXI. On appelle *bail emphytéotique* *, la constitution de l'emphytéose sur une chose qui en avoit été exempte jusqu'alors; & bail *sous-emphytéotique* †, la constitution de l'emphytéose sur une chose sur laquelle le constituant a l'emphytéose. Alors l'emphytéose constituée dans l'emphytéose s'appelle *sous-emphytéose.* Comme l'emphytéote peut disposer à son gré du domaine utile, comme d'une chose incorporelle qui lui appartient en propre (§. CXCV.); mais en conservant le droit du seigneur de l'emphytéose (§. LXXXVI.), & en observant le contract emphytéotique (§. DCCXXVII.), *le bail sous-emphytéotique, fait en conservant le droit du seigneur de l'emphytéose, & en observant le contract emphytéotique, est permis; mais il ne change rien au bail emphytéotique: & lorsque l'emphytéose finit, de quelque maniere que ce soit, la sous-emphytéose s'éteint;* par conséquent *la sous-emphytéose s'éteignant pendant que l'emphytéose existe encore, l'emphytéote jouit de son plein droit emphytéotique.* Comme l'emphytéote ne peut ôter au sous-emphytéote son droit (§. C.), & que cependant le droit du seigneur doit être conservé, (comme nous l'avons démontré), *lorsque l'emphytéote transporte ou transmet l'emphytéose à un autre, il lui transporte, ou transmet son droit, qui se trouve ainsi acquis pour cet autre, par un contract sous-emphytéotique; mais par rapport au seigneur l'emphytéose elle-même est censée être transportée ou transmise.*

* emphyteuticatio.

† subemphyteuticatio.

Du droit libellaire.

§. DCCXXXII. On appelle *contract libellaire*, celui par lequel le maitre d'un bien le donne à un autre pour un certain prix, à condition qu'on lui payera chaque année une certaine redevance, & que dans certains temps fixés, quoique le possesseur ne change pas, on renouvellera le contract en payant un prix fixé, ou arbitraire. Le droit acquis par ce contract s'appelle *droit libellaire.* Donc *dans le contract libellaire, le prix qu'on paye pour la chose doit être diminué en raison de la redevance, & du prix qu'on doit payer dans les temps fixés pour la rénovation du contract.* Puisque le payement de la redevance & du prix pour la renovation du

§. DCCXXXII. (*e*) J'ai fait au §. DCCXXIV. la remarque, que celui qui est parfaitement maitre d'une chose, peut la ceder ou la transférer à un autre de différentes manières & sous des conditions différentes. De là différents actes & différents contracts, suivant les différentes manieres ou les différentes conditions dont on a cedé une chose. Notre Auteur en expose quelques-uns des plus connus: il a commencé par l'emphytéose: il donne ici une idée du *contract libellaire*, plus usité en Italie qu'ailleurs. Le *payement de la pension & du prix pour le renouvellement du contract*, *est* (dit notre Auteur) *attaché à la chose libellaire même*: je dois encore faire, sur ce passage, la même remarque que j'ai faite dans le paragraphe précédent, par rapport au droit qu'on suppose attaché à la chose, & je la tiens pour renouvellée toutes les fois, où la même idée se présentera de nouveau. Il n'est pas égal (ainsi parle notre Auteur dans son grand ouvrage *P.* VI. *C.* I. §. 103.) qu'une personne soit tenue envers vous par elle-même; ou qu'elle le soit par une chose: *aliud omnino est habere sibi obligatam personam per se, aliud vero habere sibi eandem obligatam per rem*; j'avoue cette distinction: mais s'ensuit-il de là, que le droit libellaire soit un droit *inherent à la chose*; un *jus in re*, proprement dit: j'aimerois plutôt le nommer un *jus ex re*; un droit qui tire sa sour-

ce

du contract est attaché à la chose même libellaire, *le maitre du droit libellaire a droit sur la chose libellaire* (§. CCCXXXIV.); par conséquent *si la redevance & le prix n'ont pas été payés, ils doivent l'être par un successeur quelconque.* Mais comme ce payement est simplement une charge ajoutee a l'achat d'une chose (§. CCCCIX.), *celui qui a une chose par un contract libellaire en est le maitre de plein droit*, par conséquent *il peut l'aliéner & la changer à son gré sans le consentement du maitre du droit libellaire* (§. CCLVI. CCLVII.). (*e*)

§. DCCXXXIII *Le droit de cens* est le droit de recevoir un revenu annuel de la chose d'autrui immeuble. Ce revenu s'appelle *cens*, qui est dit *reservé*, si le maitre en vendant une chose s'est reservé un cens sur cette chose, & *constitué*, quand quelqu'un achete ce cens ou le reçoit en présent. Il paroit que *le droit de cens est un droit sur une chose* (§. CCCXXXIV.). La chose de laquelle on doit payer le cens s'appelle *bien censier*, celui qui le paye s'appelle *censitaire*, & celui qui le reçoit s'appelle *seigneur censier*, le contract par lequel on convient du cens s'appelle le contract de cens, ou *accensement*, ou *bail à cens*. Le cens n'étant qu'une charge (§. CCCCIX.), *le censitaire est maitre de plein droit. Le cens peut consister en argent, ou en quelqu'autre chose corporelle que ce soit meuble*, selon qu'on en convient. *Si le cens est constitué libéralement, ou si on le reserve sur une chose donnée en présent, sa quantité est déterminée par la volonté du constituant* (§. CCCXIV.). *Si on l'achete il doit être renfermé dans les bornes de l'usure permise, ou être proportionné à l'utilité qu'on peut retirer de la chose, en raison du prix que l'on paye, au prix vrai de la chose.* Enfin *si on le reserve sur une chose vendue, il faut déduire son prix du prix de la chose.* Comme *le seigneur censier* peut remettre *le droit de cens* (§. CCCXLII.), *s'il le remet, soit gratuitement, soit pour un certain prix*, puisqu'alors il s'éteint (§. CCCXXXVII.), *le bien censier devient libre.* (*f*) *Du droit de cens.*

§. DCCXXXIV. On appelle *droit de surface* ou *de superficie*, le droit d'avoir à ses dépens, une surface, un édifice, par exemple, sur le sol d'autrui. On appelle *superficiaire* * celui qui a droit de surface, & celui qui a le domaine du fonds s'appelle *le maitre du fonds.* On appelle *redevance pour le sol* † la rente annuelle, que paye le superficiaire au maitre du fonds pour l'usage qu'il en a, & l'on appelle *contract de surface*, celui par lequel le superficiaire & le maitre du fonds conviennent entr'eux du droit de surface, & *c'est par ce contract qu'il faut estimer le droit du superficiaire & du maitre du fonds* (§. CCCXIV. CCCCXXXVIII.). Le donateur & le vendeur pouvant ajouter quelle condition il leur plait à la dona- *Du droit de surface.* * superficiarius. † solarium.

ce de la chose, quoiqu'à parler exactement il n'en soit pas ainsi. La raison pourquoi le possesseur d'une chose ne peut en jouir, sans satisfaire au contract libellaire, resulte naturellement du droit, qu'a le maitre du droit libellaire, d'empêcher que qui que ce soit ne possede la chose autrement, que sur le pied sur lequel il s'en est dessaisi. Jamais on ne peut être obligé par une chose: le *habere personam sibi obligatam per rem*, est une chose impossible dans le systême moral. Ce n'est que le droit que quelqu'un a de m'empêcher tels ou tels actes, relatifs à la chose, qui m'impose l'obligation de n'en pas jouir autrement, ainsi qu'une personne, si elle est sous la loi de quelque obligation, l'est toujours par elle-même, & non pas par une chose ou quelque effet physique: le *jus in re* ne désigne proprement, que le devoir dans tout autre d'être passif, relativement à une chose vis-à-vis de celui ou de ceux qui en ont le domaine, & c'est proprement le sens dans lequel il faut prendre cette expression. Voyez, au sujet des contracts & biens libellaires, MASCOV. *de jure feud.* C. II. §. 13. & les Auteurs qu'il cite.

§. DCCXXXIII. (*f*) Les biens rentiers sont distingués en Saxe, des biens emphytéotiques, par une constitution particuliere. MASCOV. l. c. §. 14.

§. DCCXXXIV.

nation, ou à la vente de leur bien (§. CCCXIV.), *on peut* auſſi *donner ou vendre une maiſon déjà bâtie, à condition que le donateur ou le vendeur retiendra le domaine ſur le ſol;* ainſi *l'on établit un droit de ſurface ſur une maiſon déjà bâtie.* Mais ſoit qu'on bâtiſſe une maiſon aux dépens du ſuperficiaire, ſoit qu'elle ſoit déjà bâtie, & qu'on la poſſede à quelque juſte titre que ce ſoit, ſur le ſol d'autrui, le ſuperficiaire eſt maitre de plein droit de la ſurface, & le maitre du ſol l'eſt du ſol. Et comme le droit de ſurface ne périt pas, quoique *la maiſon* tombe en ruine ou ſoit brulée, *ſi elle périt par quelque cas fortuit, il eſt permis d'en bâtir une nouvelle.* Comme encore le maitre du ſol n'a aucun droit ſur la ſurface (§. CXCV.), *le payement de la redevance pour le ſol n'eſt pas un droit ſur une choſe* (§. CCCXXXIV.), & *la ſurface n'eſt pas engagée pour cela au maitre du ſol, à moins que dans le contract de ſurface on ne l'ait expreſſément hypothéquée* (§. DCXCVII.). Pareillement puiſqu'on ne peut ôter ſon droit à perſonne (§. C.), *on peut aliéner la maiſon, bâtie ſur le fonds d'autrui, avec le droit de ſurface, comme auſſi le fonds, en conſervant le droit du ſuperficiaire, & avec le droit contre lui.* Comme le droit du ſuperficiaire doit s'eſtimer par le contract, *on peut* auſſi *accorder le domaine utile ſur une maiſon bâtie ſur le fonds d'autrui, pour un certain temps, ou à certaines perſonnes, & alors le droit de ſurface reſſemble au droit emphytéotique* (§. DCCXXV.). Et ce cas eſt du Droit Romain. Il paroit par la définition même, que *le droit de ſurface s'étend naturellement à d'autres ſurfaces qu'à des maiſons*, comme, par exemple, *à avoir un jardin, une vigne, un bois, un étang, & même un arbre ſur le fonds d'autrui;* puiſqu'une conceſſion de cette eſpèce eſt contenue dans l'idée de domaine (§. CXCV.), d'où dépend la réalité de la définition. (*g*)

Fidélité, ce que c'eſt. §. DCCXXXV. On appelle ordinairement *fidélité*, l'empreſſement à rendre quelque devoir d'humanité, ſur-tout ceux par leſquels on écarte quelque dommage, & l'on procure quelque avantage, & ceux dont on eſt convenu ſpécialement. (*h*)

Du fief. §. DCCXXXVI. On appelle *fief* le domaine utile ſur un bien, accordé à un autre par le maitre de ce bien, ſous la condition d'une fidélité mutuelle. C'eſt pourquoi puiſque le domaine plein renferme le domaine utile & le direct, *dans la*

§. DCCXXXIV. (*g*) L'Auteur s'étend dans ſon grand ouvrage ſur le droit de ſurface, dont il donne ici une legère teinture: il y indique auſſi les idées que les Juriſconſultes s'en ſont faites: *P.* VI. *C.* I §. 121.

§. DCCXXXV (*h*) La définition que l'Auteur donne ici de la *fidelité*, ne répond pas, ce me ſemble, à la ſignification dans laquelle ce mot eſt communement employé. Ce mot deſigne proprement une *conſtante volonté de remplir ſes engagements;* dans le même ſens que JUSTINIEN nomme la juſtice une conſtante volonté de donner à chacun ce qui lui eſt dû.

§. DCCXXXVI. (*i*) Pour ſe faire une juſte idée du droit féodal, on fera bien de ſe rappeller, que le domaine comprend eſſentiellement le droit de diſpoſer d'une choſe à volonté: que ce droit peut être transmis tout-à-fait; ou imparfaitement: imparfaitement ſoit relativement à la poſſeſſion, ſoit relativement à la propriété, ſoit relativement à l'uſage, ſoit enfin relativement à l'exercice de ce droit plus ou moins limité, ou entièrement illimité: que ce que l'on nomme domaine par rapport aux choſes, s'appelle liberté par rapport au droit de diſpoſer de ſoi-même; & que ce droit peut être limité de différentes manieres. Notre Auteur appelle *Fief* le domaine utile ſur une choſe, accordé par celui à qui elle appartient, ſous la condition d'une fidelité mutuelle: c'eſt-à-dire, ſous la condition d'une conſtante volonté de part & d'autre, de remplir exactement les engagements pris en donnant d'un côté le domaine utile, & en l'acceptant de l'autre côté. Or ces engagements peuvent avoir pour objet ſoit en général tous les devoirs d'humanité, ſoit uniquement quelques-uns de ces devoirs: deſorte que la fidélité mutuelle, ſera relative à des devoirs différents, ſuivant la nature des engagements, qui auront été pris en accordant & en acceptant le domaine utile. On voit par-là que celui qui accorde le domaine utile, & celui qui l'accepte, limitent non-ſeulement le droit de diſpo-

la conſtitution du fief le domaine plein ſe diviſe entre deux perſonnes en utile & en direct. On dit qu'on *inféode une choſe* ſur laquelle on conſtitue un fief, & l'on appelle *choſe féodale* celle ſur laquelle le fief eſt conſtitué ; & par oppoſition *aleu*, ou *franc-aleu* ſignifie tous les biens qui ne ſont pas inféodés. Celui qui a le domaine direct ſur la choſe féodale s'appelle *le ſeigneur du fief*, celui qui a le domaine utile s'appelle *vaſſal* ,, ou *feudataire.*" Le *contract féodal*, eſt celui par lequel le ſeigneur du fief & le vaſſal conviennent entr'eux au ſujet du fief qu'on conſtitue, ou c'eſt le contract par lequel le fief eſt conſtitué & acquis. *C'eſt* donc *par le contract féodal qu'il faut eſtimer le droit du ſeigneur du fief & du vaſſal* (§. CCCXIV. CCCCXXXVIII.). (*i*)

Des qualités ſubſtantielles, naturelles & accidentelles du fief.

§. DCCXXXVII. On appelle *qualités ſubſtantielles du fief*, les déterminations eſſentielles par leſquelles un fief eſt conçu en général ; par conſéquent elles *ſe trouvent néceſſairement dans tout fief :* ainſi *par rapport au vaſſal ce ſont le domaine utile, & la fidélité envers le ſeigneur direct ; par rapport au ſeigneur du fief, ce ſont le domaine direct & la fidélité envers le vaſſal* (§. DCCXXXVI.). On appelle *qualités naturelles du fief*, les déterminations eſſentielles qui conſtituent la différence ſpécifique du fief communément reçu par l'autorité de la loi, ou par la coutume, comme, par exemple, que la promeſſe de fidélité ſoit accompagnée du ſerment. Les qualités *accidentelles* du fief ſont les déterminations eſſentielles, qui conſtituent les différences ſpécifiques de ces fiefs, dont l'eſpèce eſt différente de celle qui eſt reçue communement par l'autorité de la loi, ou par la coutume, comme, par exemple, l'obligation du vaſſal à quelque devoir inuſité. Il paroit de là, que la diſtinction entre les qualités naturelles & accidentelles du fief, n'eſt point d'uſage dans le Droit Naturel. Car naturellement les choſes dont on eſt convenu dans le contract féodal ſont valides (§. DCCXXXVI.). En effet puiſque les qualités naturelles & accidentelles ne ſont pas déterminées par les ſubſtantielles, & que par conſéquent elles ne peuvent être démontrées par celles-ci, *lorſqu'on conſtitue le fief, il dépend de la volonté du maître de la choſe qu'on inféode, d'ajouter les conditions qu'il lui plait aux qualités ſubſtantielles* (§. CCCXIV.), *conditions qui doivent* donc *être marquées dans le contract feodal.* (*k*)

§. DCCXXXVIII.

ſpoſer à volonté d'une choſe, mais auſſi le droit de diſpoſer à volonté d'eux-mêmes, par rapport à certains devoirs d'humanité : c'eſt-à-dire, que de part & d'autre on reſtreint, par rapport à ces devoirs, la liberté dont on jouiſſoit auparavant. D'ailleurs il faut faire attention, que la définition de notre Auteur n'eſt pas donnée, comme exprimant exactement l'état reciproque d'un Seigneur & d'un Vaſſal, tel qu'en effet il a eu lieu ſoit en Allemagne, ſoit en Gaule, ſoit ailleurs, ou tel qu'il a lieu encore chez les différents peuples de l'Europe ; mais tel qu'on peut, ſuivant les principes du Droit Naturel concevoir un lien particulier entre celui, qui étant maitre d'une terre en cede le domaine utile à un autre ſous la condition d'une fidélité mutuelle, & celui qui l'accepte ſous cette même condition. A la vérité l'Auteur auroit peut-être bien fait d'avoir employé un autre mot que celui de *fief*, pour déſigner cet engagement, ce contract, ou ce lien reciproque, qu'il exprime par ſa définition : car encore qu'on ne puiſſe diſconvenir, qu'un domaine utile peut être cedé & transmis de la façon que l'Auteur indique, & quoique l'on puiſſe donner le nom de *fief* à un domaine utile transmis ou accordé de la ſorte, le mot *fief* pourtant étant généralement employé, pour déſigner quelque choſe de plus particulier, n'auroit pas dû l'avoir été dans une ſignification ſi générale ou ſi générique : car ſi la ceſſion du domaine utile, & l'obligation d'une fidélité mutuelle, entre celui qui fait cette ceſſion & celui qui l'accepte, ſont les caractères eſſentiels du *fief*, il faut ranger au nombre des *fiefs*, toutes les ceſſions connues ſous le nom de *bénéfices* de *terres ſaliques*, & autres, que les bons Auteurs ont cependant ſoin de diſtinguer des fiefs proprement dits ; comme je le ferai remarquer dans la ſuite.

§. DCCXXXVII. (*k*) Il en eſt de l'origine des fiefs comme de celle des ſociétés civiles & de celle des peuples : en vain remonte-t-on aux temps les plus reculés pour la découvrir ; un voile

Du fief donné & offert.

§. DCCXXXVIII. Lorsque le maitre constitue le fief sur sa chose à un autre, c'est un

le épais semble la dérober à nos recherches, & l'histoire ne nous laisse sur ce point, comme sur bien d'autres, que des conjectures à faire. Peut-être aussi s'opiniatre-t-on mal à propos à déterminer l'époque d'un établissement, qui, suivant les apparences, ne s'est formé que par des degrés imperceptibles. Diverses situations, différentes circonstances & un concours fortuit de revolutions, donnent pour l'ordinaire la consistance à des établissements, dont la marche est si insensible & si peu marquée, qu'elle échappe même à l'attention la plus curieuse & la plus exacte. Souvent l'effet & les suites de quelques arrangements primitifs ont été si peu prévus, & ils sont si peu entrés dans le plan de ceux qui les ont faits, que ceux-mêmes qui ont jetté les premiers fondements des plus grands établissements, ont été bien éloignés de penser seulement qu'ils pourroient y donner lieu. Lorsque par des défenses inconsidérées le Roi d'Espagne, dernier Comte de Hollande, porta les Hollandois à tenter la Navigation aux Indes-Orientales, se feroit-on imaginé, que l'entreprise de quelques Négociants auroit donné naissance à un Etat, unique en son genre, & que l'on peut regarder, dans un certain sens, comme un fief de la République des Provinces-Unies. Ne nous étonnons donc pas de l'incertitude dans laquelle l'Histoire nous laisse, par rapport à l'origine des *fiefs*. Cette institution s'est vraisemblement formée à la longue & insensiblement. Peut-être le gouvernement féodal est-il le plus ancien de tous les gouvernements: du moins est-il le plus simple & le plus naturel, parce qu'il repugne le moins au penchant que l'homme a naturellement pour la liberté & l'indépendance. Qu'on se représente un Pere de famille, possesseur de plusieurs terres, & de ce qu'elles exigent pour être cultivées: qu'ayant des fils, il assigne à chacun d'eux une de ces terres pour son établissement. Qui ne voit qu'une pareille cession peut se faire sous mille conditions différentes, suivant l'état, l'humeur & les vues du Pere, relativement aux caractères de ses enfants, & à la situation de sa famille. Qu'il fasse la cession en se conservant la propriété; qu'il stipule qu'après la mort de ceux, auxquels il cede le domaine utile de ces terres, elles retourneront soit à lui, soit à son fils ainé, ou bien au plus agé des mâles d'entre ses descendants; qu'il cede ces terres sous la condition, que ses fils lui rendront hommage & lui jureront fidélité, cela nous donnera l'idée de ce que l'on nomme *fief*. Il en est des Etats civils comme des familles isolées: & de même que les différentes circonstances, les différentes vues, & les différentes situations reglent pour l'ordinaire les motifs qui déterminent la volonté des hommes, il est clair, que dans le cours des évenements & des revolutions, qui ont donné à l'Europe cette face qu'elle a actuellement, les cessions des terres ont dû avoir été faites différemment, suivant que ceux qui les avoient à leur pouvoir, y ont été portés par la circonstance des temps, leurs vues particulières, & la situation dans laquelle ils se trouvoient. Ainsi c'est, selon moi, s'égarer & tenter l'impossible de vouloir découvrir une source unique & commune de la maniere, dont on est venu à posséder des terres avec tous les droits qu'un maitre a sur son bien, excepté celui d'une pleine propriété: ce n'est pas non plus raisonner juste, que d'inférer une conformité complette de la ressemblance de quelques caractères, & c'est à quoi n'ont point fait attention ceux qui dérivent l'origine des fiefs de celle des terres, que les Empereurs Romains donnoient à cultiver aux soldats; ou qui la font descendre des milices romaines, ou de ces cessions connues sous le nom de *bénéfices* & *bénéficiaires*, ou qui croyent en trouver la premiere origine dans les terres saliques; car quoique tous ces différents établissements ayent quelques propriétés communes, avec ce que l'on appelle *fief*, & qu'à quelques égards ils lui soyent ressemblants, le fief cependant a quelque chose de particulier & de propre, qui le distingue de toutes ces autres institutions. Quand on parle de fief, ce mot reveille, ce me semble, l'idée d'une possession non-seulement d'une terre, dont on a le domaine utile, mais de quelque chose de plus: ce mot emporte l'idée d'un inférieur & d'un supérieur; d'un inférieur qui est tenu à des devoirs, & notamment d'assister son supérieur d'hommes & d'armes: outre le domaine utile accordé d'une part & accepté de l'autre part, il suppose un engagement reciproque, non pas tacite mais formel, par lequel le Vassal, comme inférieur, reconnoit le Seigneur pour son supérieur: le *fief* suppose de la part du Vassal une promesse formelle envers le Seigneur, de le servir contre ceux qui entreprendroient de troubler son repos, de regarder comme ennemis & de traiter comme tels ceux de son Seigneur; & le *fief* suppose de la part du Seigneur une promesse formelle de le protéger & défendre. Outre cela le *fief* à ceci de particulier, en ce qu'il suppose dans le Vassal un certain empire sur d'autres hommes; sans quoi il ne pourroit pas promettre hommage; c'est-à-dire, l'assistance d'hommes & d'armes. Car quoiqu'on distingue trois sortes d'hommages, ainsi que le remarque Mr. VELLY *Hist. de France*, T. III. p. 258. l'*ordinaire* en vertu duquel le Vassal devoit feauté, justice & service, c'est-à-dire, se trouver assidument aux assises ou plaids du Seigneur, l'aider de ses conseils dans l'administration de sa justice, & le suivre dans ses expéditions militaires: le *simple*, qui se faisoit nûment, sans aucune prestation de serment, ou avec quelque exception: le *lige* enfin qui

un *fief donné*; & quand il est constitué à celui qui donne sur la chose donnée, c'est un *fief offert*. (*l*)

§. DCCXXXIX.

qui obligeoit le Vassal à servir le Seigneur envers & contre toute créature qui peut vivre & mourir; ces différents hommages pourtant supposoient toujours dans le vassal une assistance d'hommes & d'armes, lorsqu'il étoit question d'une assistance militaire. Au reste ce que je viens de rapporter de Mr. VELLY, confirme une autre remarque à faire, par rapport à la nature des fiefs: c'est que l'hommage ne comprenoit pas uniquement une assistance d'hommes & d'armes pour les expéditions, mais une promesse d'assister le Seigneur, soit dans l'administration de la justice, soit dans d'autres cas. Ce n'étoit pas à un vassal à juger, si le Seigneur avoit raison ou tort dans un demêlé, qui attiroit des hostilités contre le Suzerain: il suffisoit, que le Seigneur fut en guerre pour qu'il fut obligé à l'assister d'hommes & d'armes. Enfin les devoirs du Vassal envers son Seigneur, & ceux du Seigneur envers son Vassal, sont si différents, que je ne vois pas comment on puisse les exprimer par l'énoncé général d'une *fidélité mutuelle*, comme le fait notre Auteur: expression indéterminée, qui denote du moins une égalité fort peu compatible avec l'état du Vassal, relativement à celui du Seigneur, & qui n'indique en rien l'état de sujettion du Vassal vis-à-vis de son Seigneur. La fidélité mutuelle entre deux freres, deux amis, deux personnes égales est assurement d'une autre nature: elle suppose une égalité de conditions pour ce qui en fait l'objet. La définition de notre Auteur peut donc servir, si l'on veut, à désigner toute aliénation d'un domaine utile, faite sous la condition d'une fidélité mutuelle; mais elle n'exprimera point les caractères particuliers de ces engagements, désignés dans l'Histoire par le mot *fief*: mot qui denote essentiellement une dépendance & une sujettion, d'une part; & une supériorité de l'autre part. Je préfererois la définition de RAYNALD, *feudum dicitur benevola & libera rei immobilis, vel æquipollentis concessio, cum utilis Dominii translatione, retenta proprietate, sub fidelitate & exhibitione servitiorum honestorum*, quoique cette définition manque à bien des égards d'exactitude. Mr. MASCOVIUS, qui a donné un excellent abrégé du droit des fiefs (*de jure feudorum in imperio romano-germanico*,) dont il s'est fait plusieurs éditions à *Leipsich*, observe que le mot *fief* est employé en trois sens différents; denotant 1. la chose même donnée en *fief*: 2. le contract par lequel la chose devient *fief*; 3. le droit & le domaine acquis par ce contract: distinction que notre Auteur indique dans le §. DCCXXXVI. Dans le premier sens Mr. MASCOVIUS appelle *Fief*, *une chose, concedée en domaine utile, sous la loi de fidélité* l. c. C. 2. §. VI. *Feudum est res, in dominium utile concessa, sub lege fidelitatis.* Aux remarques que j'ai faites sur la définition de notre Auteur, il est aisé de juger que je ne puis goûter celle de Mr. MASCOVIUS: GROTIUS en donne une des fiefs Hollandois dans son *Introd. au Droit Hollandois*, & à la suivre, on définiroit mieux, ce me semble, le *fief* proprement dit, par un *Bien immeuble, cedé à usufruit indivis, sous la la loi d'hommage de la part de l'usufruitier, & de protection de la part du maitre de ce bien.* GROTIUS se sert du mot *goed*, dans le même sens que le mot *bien* est employé, quand on dit des *biens meubles*, & *immeubles*; & je le préfere ici à *chose*. Par le mot *hommage* on entend, que celui qui le rend, est homme de celui à qui il le rend. Puisque l'homme est reçu en hommage, dit BOUTEILLER en sa *somme rurale. tit.* 83. *il est franc homme au Seigneur, & tient de lui ligement & sans moyen; lui doit foi & toute loyauté; ne autre ne lui doit être en plaid, ne en collation.* Voyez FERRIERES *Dict. de droit & de pract.* au mot *hommage*. Or comme on peut être homme à quelqu'un de mille différentes manieres, ainsi qu'on peut être l'ami de quelqu'un plus ou moins, il est visible que les *fiefs* peuvent être très différents; qu'on y peut attacher le devoir d'une redevance à l'investiture, ou telle autre obligation, qu'on jugera à propos; sans rien changer pour cela à la nature du fief même.

Notre Auteur fait voir dans ce paragraphe en quoi consistent les propriétés substantielles, ou les caractères *substantiels* du fief; ceux que l'on nomme *naturels*; & ceux que l'on nomme *accidentels*. Il donne des uns & des autres une idée très distincte. Mr. MASCOVIUS, qui en ceci paroit l'avoir suivi, n'auroit pas dû l'abandonner. Il importe d'ailleurs de les bien distinguer, parce que sans cela on ne peut gueres manquer de confondre les *bénéfices*, les institutions *saliques*, & toutes celles qui ont quelque rapport aux fiefs, avec les *fiefs* proprement dits. Vraisemblablement l'institution féodalle doit-elle son origine ou son établissement à ces peuples, qui, après avoir abandonné les terres australes, sont venus fondre sur la Germanie ancienne, & sur les Gaules. En demembrant l'Empire Romain ils ont jetté les fondements d'une administration publique, qui leur étoit particulière, & qui en grande partie tiroit sa source de cette relation, qui forme proprement le lien féodal: & ce sont les différentes modifications, données à ce lien par la suite des temps, que l'on nomma *Droit féodal*, quand on veut désigner les droits & les obligations reciproques du Seigneur & du Vassal. On trouve dans le *Dictionnaire de Droit & de Pratique* de Mr. FERRIERES, au mot *Fief*, quels sont les Auteurs François qui ont traité du Droit féodal.

§. DCCXXXVIII. (*l*) Voyez MASCOVIUS, l. c. C. III. §. 8. & les Auteurs cités par cet Ecrivain.

Des manières de constituer le fief.

§. DCCXXXIX. La manière de constituer un fief dépend de la volonté du maître de la chose qu'on inféode (§. DCCXXXVII.). *On peut* donc *le constituer, ou pour un certain temps, ou pour toujours, ou simplement; ou d'une façon déterminée, en nommant les personnes à qui il peut être transmis, & l'on peut convenir de certaines prestations du vassal*, telles que des services militaires, *& du seigneur.* Si l'on convient qu'on payera une certaine redevance, *le fief est mêlé d'emphytéose* (§. DCCXXV.). Ce que le vassal est tenu de faire pour le seigneur en vertu du contract féodal, s'appelle les *services féodaux*, tels que sont en particulier les services militaires. C'est un *franc fief* si le vassal n'est obligé à aucun service envers le seigneur; c'est un *fief lige*, s'il est tenu à des services militaires contre tous; & *non lige*, si l'on en excepte quelques personnes. Selon le Droit de nature on appelle *fief masculin*, celui qui est constitué pour les mâles seuls; ensorte que par la loi du contract il ne peut jamais passer à une femme; on appelle *feminin*, celui qui est constitué pour les femmes seules; *mixte* celui qui est pour les uns & les autres. Pareillement on appelle *fief donné en gage*, celui que le maître, à qui on prête de l'argent, constitue sur sa chose au lieu de gage. (m)

Des choses qui peuvent s'inféoder, du fief de cavena, de soldata, d'argent, & du quasi-fief.

§. DCCXL. Puisque le domaine direct peut se séparer du domaine utile, dans une chose qui ne se consume pas par l'usage (§. DCCXXIV.), *on peut inféoder une chose quelconque qui ne se consume pas par l'usage, même une chose incorporelle* (§. DCCXXXVI.); par conséquent aussi *le droit de percevoir des revenus de métaux, & même aussi le droit de se servir d'une certaine portion de vin ou de bled, qui doit être fournie de la cave ou du grenier du seigneur, pendant la vie du vassal.* On appelle *fief de cavena*, celui qui est constitué de façon qu'on fournit à quelqu'un pendant sa vie, une certaine quantité de vin & de bled, de la cave ou du grenier du seigneur. Il paroit aisément, que *le fief de cavena peut s'étendre à d'autres choses qui se consument par l'usage*, comme à fournir une certaine quantité de poissons de l'étang du seigneur, de bois coupé dans sa forêt, ou de bêtes qu'on y prendra. *Le fief de soldata*, par lequel on fournit à quelqu'un une certaine quantité d'argent, de vin, de provisions ou de choses quelconques qui se consument par l'usage, diffère du fief de cavena, en ce que dans celui-là la chose, dont on est convenu doit être fournie au vassal, soit que le seigneur l'ait ou qu'il en manque, en sorte qu'il doive en ce dernier cas se la procurer d'ailleurs; au lieu que dans le fief de cavena la prestation est restreinte aux choses que le maître a: ils diffèrent encore en ce que dans celui-là, la prestation est restreinte à la personne du constituant, au lieu que dans celui-ci elle passe à ses successeurs. L'on appelle aussi *fief d'habitation*, celui par lequel quelqu'un a droit d'habiter, pendant sa vie, dans la maison du seigneur. Il faut observer en général, que *les choses qui se consument par l'usage, & l'argent, deviennent comme des choses qui ne se consument pas, entant que par des fidéjusseurs, ou par une hypothèque, on pourvoit à ce qu'elles puissent toujours être restituées, si elles doivent l'être*, car alors c'est la même chose que, si nous en avions l'usufruit, en conservant la substance, par conséquent *elles deviennent par là propres à être inféodées*, entant que le seigneur conserve le domaine direct sur ces choses qui sont existantes encore. On appelle *quasi-fief*, celui qui se constitue sur une chose, qui n'est pas propre par elle-même à etre inféodée, mais qu'on rend telle par artifice.

§. DCCXXXIX. (m) Voyez MASCOVIUS, l. c. C. III. §. I. & suiv. §. 30. & suiv. §. 45.

§. DCCXL.

fice. Ainsi le *fief d'argent*, qu'on constitue sur de l'argent, *est un quasi-fief*. Au reste *l'argent sur lequel on a établi un fief, est féodal* (§. DCCXXXVI.); *celui sur lequel on n'en a point établi, est de franc-aleu* (ibid.), par conséquent *l'argent pour lequel on a vendu un fief, n'est pas féodal, mais de franc-aleu*. Il paroit de même, qu'une chose qu'on donne pour un fief, étant équivalente à l'argent qu'on donneroit pour ce fief, *si on échange une chose féodale contre une chose de franc-aleu, la chose de franc-aleu ne devient point féodale*. (*n*)

§. DCCXLI. Celui qui a le domaine utile ayant, outre le droit entier d'usufruit, une partie de la propriété (§. DCCXXIV.), qu'il est évident qu'on peut encore restreindre en d'autres manières; *celui qui a le domaine utile sur une chose, peut le donner en fief à un autre* (§. DCCXXXVI.), *en conservant cependant le droit du seigneur direct* (§. C.); par conséquent, *pourveu qu'on conserve le droit du seigneur direct, on peut constituer un fief sur les biens emphytéotiques, & sur les choses féodales*. Un fief constitué à un autre, sur une chose féodale, s'appelle *arrière-fief* *, & l'on dit que la chose féodale est *donnée en arrière-fief* †, quand on constitue un fief sur elle: le vassal à qui on donne en fief la chose féodale, s'appelle *arrière-vassal*, ou *sous-feudataire*; & le vassal qui donne en arrière-fief, s'appelle *seigneur de l'arrière-fief*. Le contract par lequel on convient de l'arrière-fief, s'appelle *contract sous-féodal*, ou entre vassal & arrière-vassal; *c'est* donc *par ce contract qu'il faut estimer le droit de l'arrière-vassal, & du seigneur de l'arrière-fief* (§. DCCXXXVI.). Puisque les conditions de l'arrière-fief dépendent entièrement de la volonté de celui qui donne en arrière-fief (§. CCCXIV.), *on peut, dans le contract sous-féodal, ajouter aux qualités substantielles des déterminations qui ne se trouvent point dans le contract féodal, en conservant cependant le droit du seigneur du fief*, par conséquent *ces nouvelles déterminations ne doivent point être contraires au contract féodal* (§. DCCXXXVI.). Et puisqu'en donnant en arrière-fief, on ne touche point au droit du *seigneur du fief*, *son consentement n'est point requis pour constituer un arrière-fief*. Au reste il est évident par soi-même, que *si l'on a inféodé à quelqu'un un certain tout, il peut à son gré en donner en arrière-fief différentes parties à une ou à plusieurs personnes*. Enfin il est assez clair aussi, qu'*en donnant en arrière-fief, on ne transfere pas à l'arrière-vassal tout le domaine utile, mais qu'une partie de la propriété reste au vassal*, & que *le droit de l'arrière-vassal ne peut être augmenté, quoiqu'il puisse être diminué*, & même que *l'on peut donner en arrière-fief soit gratuitement, soit pour un certain prix*. (*o*)

De l'arrière-fief.

* subfeudum.

† subinfeodari.

§. DCCXLII. Puisque tous les fruits appartiennent au vassal & à l'arrière vassal (§. DCCXXXVI. DCCXLI.), *tous les risques des fruits regardent le vassal & l'arrière vassal*.

Pour qui sont les risques des fruits.

§. DCCXLIII. On appelle *successeur féodal*, celui à qui le fief par sa constitution se trouve dévolu par la mort du vassal. *Lors* donc *qu'il n'y a point de successeur, la chose qui étoit féodale, appartient de plein droit au seigneur*, par conséquent aussi *l'arrière-fief s'éteint* (§ DCCXLI.). C'est pourquoi, comme *le vassal* ne peut rien faire qui soit contre le droit du seigneur, ou de ses successeurs (§. LXXXVI.), il *ne peut point déteriorer la chose féodale*, ni par conséquent *lui imposer des servitudes* (§. DCCVIII.). Par conséquent encore *le seigneur du fief, & son successeur ne doivent pas souffrir que la chose soit déteriorée*. D'un autre côté, comme *le seigneur du*

Du successeur féodal, & du changement de la chose féodale.

§. DCCXL. (*n*) Voyez MASCOVIUS, l. c. C. XII. §. 15. & 16.

§. DCCXLI. (*o*) Voyez MASCOVIUS, l. c. C. XII.

du fief ne doit rien faire contre le droit du vassal (§. LXXXVI.), il *ne peut* non plus *disposer de la chose féodale, de façon que le droit d'usufruit en soit diminué, ou gêné dans son exercice de quelque façon que ce soit, il ne peut* donc pas non plus *imposer de servitude sur la chose féodale* (§. DCCVIII.). Mais comme il ne se fait rien contre le droit du seigneur ou du successeur, *si le vassal, tant qu'il tient le fief, accorde à un autre sur la chose féodale, quelque droit tel qu'une servitude* (§. LXXXIII.), *il peut le faire*, par conséquent, *si le vassal impose par le fait une servitude sur la chose féodale, elle subsiste comme un droit qui ressemble à une servitude, aussi longtemps qu'il tient le fief.* Et puisque tout le droit d'usufruit appartient en propre au vassal (§. DCCXXXVI.), *il peut améliorer la chose féodale* (§. CCLXXIX.), & par conséquent aussi *il peut acquerir sur elle une servitude* (§. DCCVIII.). Par la même raison, comme le vassal tire toute l'utilité de la chose féodale, comme d'une chose qui lui appartient en propre (ibid.) *il doit* aussi *porter toutes les charges.* (*p*)

De l'ouverture du fief. §. DCCXLIV. On dit qu'un *fief s'ouvre pour le seigneur*, lorsqu'il manque un successeur féodal; en sorte que *l'ouverture du fief* arrive lorsque le droit de succéder au fief vient à vaquer. On dit qu'il est *prêt à s'ouvrir*, s'il y a lieu d'espérer qu'il s'ouvrira, & par conséquent que dans peu il n'y aura point de successeur féodal. C'est pourquoi *un fief prêt à s'ouvrir ne peut être aliéné en faveur d'un étranger*, puisque l'aliénation seroit contre le droit du seigneur (§. LXXXIII.). (*q*)

Du défaut de successeur au domaine direct. §. DCCXLV. Dans la constitution du fief le domaine direct est reservé au seigneur du fief (§. DCCXXXVI.), & est compté parmi ses autres biens comme une chose incorporelle (§. CCVII.). C'est pourquoi, *à moins que dans le contract féodal on ne soit convenu expressément au sujet du domaine direct, s'il n'y a plus de successeur à ce domaine, le vassal ne l'acquiert pas pour cela* (§. CCCXVIII.), par conséquent, en pareil cas l'arrière-vassal n'acquiert pas non plus le droit du vassal (§. DCCXLI.). (*r*)

Si le fief peut se commettre. §. DCCXLVI. Puique par le contract féodal, *le vassal* est obligé de faire pour le seigneur direct les choses dont on est convenu (§. CCCCXXXVIII.), & que par conséquent *le seigneur pourroit l'obliger à la prestation* (§. LXXX.), *ou si elle ne peut plus avoir lieu, le contraindre à un dedommagement* (§. CCCCXV.), *à moins qu'on ne soit expressément convenu des cas ou le fief doit être commis*, „ ou forfait, „ ou tomber en commise (*)," puisqu'alors il faut s'en tenir aux conventions (§. DCCXXXVI.), il s'ensuit que *naturellement le fief n'est pas commis pour des faits ou non-faits contraires au contract féodal.* Mais comme on peut attacher une peine aux contracts (CCCCX.), *on peut* aussi *convenir des faits ou non-faits pour lesquels le fief doit être commis* (ibid.). (*s*)

De l'obligation féodale, & de la félonie. §. DCCXLVII. On appelle *obligation féodale*, celle qui nait du contract féodal, & c'est dans l'obligation mutuelle du seigneur & du vassal que consiste le nœud ou le *lien féodal. C'est* donc *par le contract féodal qu'il faut juger de l'obligation*

§. DCCXLIII. (*p*) Voyez MASCOVIUS, l. c. C. X. XI. & XII.

§. DCCXLIV. (*q*) Voyez MASCOVIUS, l. c. C. XIV. §. 11.

§. DCCXLV. (*r*) Voyez MASCOVIUS, l. c. C. XIV. §. 14.

(*) Le mot de *commettre* est un terme de Jurisprudence féodale, qui se prend ici à peu près dans le même sens que ci-dessus (§. DCIX.). Nous y ajoutons deux expressions françoises qui ont le même sens, & veulent dire, que le fief est confisqué, ou perdu pour le vassal, & retourne au seigneur direct. R. d. T.

§. DCCXLVI. (*s*) L'Auteur enseigne dans ce paragraphe, que naturellement un fief n'est pas commis, si le Vassal manque à ses engagements; mais que le Seigneur a uniquement droit de forcer son vassal à les remplir, ou à donner un dédommagement. Cette doctrine repugne à ce qu'il a enseigné dans le §. CCCCXLII. & je ne vois pas la rai-

tion féodale, & du lien féodal. Tout fait tant positif que négatif qui est contraire à l'obligation féodale, s'appelle *félonie*, qui *se peut* donc *commettre en autant de manieres qu'il y a d'obligations féodales, non seulement par le vassal, mais aussi par le seigneur: cependant toute felonie n'est pas du même degré.* Puisque naturellement le fief n'est pas commis pour quelque fait ou non-fait contraire au contract féodal (§. DCCXLVI.), *il n'est pas de droit naturel que le fief soit commis pour cause de félonie; c'est une convention qui fait qu'il peut se perdre.* Et meme *dans ce cas on peut remettre la felonie commise* (§. CCCXLII.), *& alors le fief ne se perd pas* (§. CCCXXXVII.). Comme on ne peut imputer à quelqu'un le fait d'autrui (§. III.), *si le vassal perd le fief pour cause de félonie, le seigneur doit, après la mort de ce vassal, le restituer à celui à qui il est dévolu par cette mort,* par conséquent, *le fief commis par felonie, n'est pas fini.* (*t*)

§. DCCXLVIII. On dit que le vassal *resigne le fief*, s'il déclare au seigneur qu'il ne veut plus l'avoir, soit purement & simplement, soit en faveur d'un tiers. Ainsi l'on dit en particulier, dans le premier cas, qu'il *le résigne au seigneur*; dans le second, qu'il *le résigne à un tiers. Quand* donc *le fief est resigné au seigneur, le vassal remet son droit* (§. CCCXXXVII.), *quand c'est à un tiers il lui cede son droit* (§. CCCXXXVIII.). Comme chacun peut remettre son droit, s'il ne se fait rien qui soit contre le droit d'un autre (§. CCCXLII.), *on peut* aussi *résigner un fief, même malgré le seigneur, quand la résignation n'est pas contre son droit; mais on ne peut le résigner, si la résignation tourne au préjudice de son droit*, comme, par exemple, si elle tend à ce que le vassal ne soit pas tenu à rendre les services militaires, dont le seigneur a besoin à présent, ou à ce qu'il puisse plus sûrement entreprendre des hostilités contre lui. Mais comme *la résignation ne peut pas non plus se faire contre le droit du successeur* (§. LXXXVI.); *si le fief a été résigné au seigneur, ou à quelqu'un de ses parens éloignés, après la mort du résignant, son successeur peut revoquer le fief.* On dit que *le fief* est *revoqué*, si quelqu'un est contraint par le droit à restituer la chose féodale, après que le fief lui a été transféré. Il paroit par la même raison, qu'*un fief aliéné, &* par conséquent aussi *un fief résigné à un étranger* (puisque c'est une aliénation) *contre le droit du seigneur, ou de ceux à qui il pourroit un jour être dévolu, peut être revoqué par le seigneur ou par le successeur.* Il paroit au reste, en comparant les définitions, que *la revocation de fief est une revendication d'un fief* (§. CCLXII.). Comme l'aliénation d'un fief peut être déterminée de plus d'une manière, *les contractants peuvent convenir de ce qu'il leur plait, & il s'en faut tenir aux conventions* (§. DCLXVII.), *à moins que le droit d'aliéner ne soit déterminé tacitement par les autres choses, dont on est convenu expressément.* (*u*)

De la résignation & de la revocation du fief.

CHA-

raison, pourquoi le contract féodal devroit faire ici exception à la regle générale.

§. DCCXLVII. (*t*) Voyez Mascovius, l. c. C. XIV. §. 16. & suiv. §. 34. & suiv. La conséquence que l'Auteur tire de ses principes sur la fin de ce paragraphe, n'est pas fort concluante. Il y a une infinité de cas, dans lesquels des punitions infligées, font tort aux enfants ou aux héritiers de ceux qui les souffrent, sans que pour cela les crimes, qui ont donné lieu à ces punitions, soient imputés à ces enfants ou à ces héritiers.

§. DCCXLVIII. (*u*) Voyez Mascovius, l. c. C. XII. §. 12. C. XIV. §. 7. & suiv. C. XII. §. 29. & suiv. J'ai préféré de citer sur la matière des fiefs le petit ouvrage du celebre Mascovius; pour deux raisons: la premiére parce que je n'en connois point de plus méthodique, de plus solide, de plus concis, & de plus judicieux: la seconde c'est, que sur chaque partie il fait connoitre les Auteurs qui en ont le mieux traité.

(†) Chap.

CHAPITRE XVII.

De quelle manière se dissout l'obligation née d'un contract. (†)

Ce que c'est qu'éteindre une obligation, & en être libéré.

§. DCCXLIX. On dit qu'une *obligation est éteinte*, lorsque celui qui étoit obligé envers un autre à donner, ou à faire quelque chose pour lui, cesse d'y être obligé; & l'extinction de l'obligation, s'appelle *libération.*

De l'extinction de l'obligation par la dissolution de la convention.

§. DCCL. Puisque par la dissolution de la convention les contractants sont libérés de l'obligation, où ils étoient l'un envers l'autre en vertu de la convention, & qu'elle peut être dissoute par un dissentiment mutuel (§. CCCCXLIV.), *aussitôt que la convention ou le contract sont dissous par un dissentiment mutuel, ou, si c'est un contract bienfaisant, aussitôt qu'il est dissous par le seul dissentiment de celui qui en retire seul de l'utilité* (puisqu'il n'importe pas à l'autre que la convention s'accomplisse) *l'obligation est eteinte* (§. DCCXLIX.), par conséquent *le droit acquis est éteint* aussi, puisqu'il en dépend (§. XLVI.) (x)

De l'extinction de l'obligation par le payement.

§. DCCLI. On appelle *payement* la prestation actuelle de ce qui étoit dû parfaitement. *L'obligation qui nait d'un contract est* donc *éteinte par le payement* (§. DCCXLIX.). Puisque par le payement on fait ce qu'on étoit obligé de faire, *il faut payer précisément ce qu'on doit, & on ne peut pas payer une chose pour une autre, à moins que le créancier,* qui peut remettre son droit (§. CCCXLII.), *n'y consente* (§. CCCXXXVII.). *Il faut payer* aussi *précisément au jour & au lieu où l'on doit, à moins que,* par la meme raison, *le créancier ne veuille accorder un delai,* „ *ou* „ *permettre qu'on paye ailleurs*" (§. CCCCXVII), *& l'on doit payer toute la chose due:* par conséquent puisqu'on appelle *payement par parcelles*, si on paye seulement une partie de ce que l'on doit, & qu'on renvoye à un autre temps le payement de l'autre partie, *le créancier n'est pas obligé d'accepter le payement par parcelles.* Au reste il est aisé de concevoir, que *si l'on ne peut payer la chose due elle-même, il faut en payer la valeur ou l'estimation* (§. CCLXXI.), *& l'accepter* (§. XXXVII.). Et comme on fixe le jour du payement soit en faveur du débiteur, pour qu'on ne puisse pas le forcer de payer avant ce jour-là, soit en faveur du créancier, afin

(†) CHAP. XVII Jusqu'à présent l'Auteur a traité des différentes manieres par lesquelles on contracte des devoirs: il passe maintenant à celles par lesquelles les engagements pris cessent de subsister. On trouve le même ordre dans les Institutes de JUSTINIEN, mais non pas la même clarté ni la même évidence.

§. DCCL. (x) Le principe qui donne force à un engagement est le consentement mutuel des parties: il est donc clair que le consentement mutuel suffit pour rompre un engagement; puisque les volontés de deux ou de plusieurs personnes peuvent également concourir à faire & à ne point faire. Notre Auteur l'a prouvé dans le §. CCCCXLIV. Le Droit Romain exigeoit pour la validité de certains engagemens quelque chose de plus que le simple consentement des parties, il ne se contentoit pas non plus d'un simple consentement pour la dissolution de tout contract. De là cette regle de la Jurisprudence Romaine, souvent assez mal appliquée. *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est: ideo,* ajoute ULPIEN, *verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio consensu dissolvitur. Fere* (dit le Jurisconsulte PAUL *l.* 153. *ff. de div. reg. jur.*) *quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur*, &c. Cette regle du Droit Romain n'étant point fondée sur aucun principe de Droit Naturel, mais uniquement sur une disposition particuliere de la Jurisprudence Ro-

afin qu'on ne le paye pas avant ce jour-là, & qu'on est censé en être convenu tacitement, s'il paroit par la nature de la prestation, qu'il importe à celui-ci qu'on ne le paye pas plutôt, *ce qui est dû pour un certain jour, peut être payé auparavant, même malgré le créancier, si le jour a été fixé en faveur du débiteur, & il ne peut être payé plutôt, s'il a été fixé en faveur du créancier; ou s'il paroit par la nature de la prestation qu'il lui importe, qu'on ne paye pas avant le jour.* Mais *si le débiteur dédommage le créancier de ce qu'il lui importoit, qu'il ne fut pas payé avant le jour*, puisqu'alors en anticipant le payement, on ne fait rien contre le droit du créancier (§. LXXXIII.), *le créancier est obligé d'accepter le payement avant le jour.* Et comme *si on a laissé le temps du payement à la volonté du débiteur*, il dépend alors de lui, *le débiteur peut toujours payer, mais le créancier ne peut pas exiger la dette avant que le créancier soit mort.* (y)

§. DCCLII. L'*interpellation* ou la *sommation* est un acte par lequel, en vertu de la convention, on déclare, que quelqu'un ne veut plus être obligé envers un autre par le contract, au-delà de ce temps. Quelques-uns l'appellent aussi *résignation* En particulier *interpeller* ou sommer *un débiteur*, signifie lui demander le payement de la dette. *Si* donc *quelque chose est due un certain jour, il n'est point besoin naturellement d'interpellation; mais si l'on est convenu, que l'interpellation précedera le payement, elle est permise à l'un & à l'autre:* comme il faut s'en tenir à ses conventions (§. CCCCXXXVIII.), *le débiteur ne doit ni ne peut payer, & de son côté le créancier ne peut forcer le débiteur à payer, & n'est pas tenu à accepter la dette avant que l'interpellation ait été faite, comme on en est convenu.* Mais *si l'on convient que le créancier pourra exiger la dette quand il lui plaira*, comme le débiteur ne s'est pas obligé par là, à ne pas payer avant que d'être interpellé, mais que cependant il paroit avoir consenti tacitement, à ce que le créancier ne soit pas obligé à accepter la dette à son désavantage, *le débiteur peut payer sans être interpellé, & le créancier est tenu d'accepter le payement, à moins qu'il n'ait de justes raisons pour ne pas vouloir le recevoir, ce quil doit prouver.* *De l'interpellation.*

§. DCCLIII. Si le débiteur déclare en paroles seulement au créancier, qu'il est prêt à payer, cela s'appelle *offre verbale de la dette*, & on l'appelle *offre réelle*, si la chose due que le débiteur veut payer est présente; on l'appelle *offre réelle simple* ou non solemnelle, s'il ne se joint aucun autre acte à l'offre, qui alors est *naturellement équivalente à l'offre verbale;* & on l'appelle *offre réelle solemnelle*, si la *De l'offre de la dette.*

Romaine, il faut bien se garder d'en faire l'application dans un pays où l'on admet pour principe général, que les engagements sont valides dès qu'on prouve le consentement des parties.

§. DCCLI. (y) Les Interprêtes du Droit Romain font, par rapport à l'obligation de satisfaire à un engagement, une distinction entre le devoir de donner une chose & celui de faire une chose: ils prétendent que, par rapport au devoir de donner, le débiteur y est tenu rigoureusement; mais que, par rapport au devoir de faire, il est dégagé en bonifiant l'intérêt qu'on peut avoir à ce qu'il fasse ce qu'il ne fait pas. Mais encore ici comme en bien d'autres cas les Interprêtes n'ont pas, ce me semble, assez fait attention, que les dispositions particulieres du Droit Romain, sur lesquelles ils fondent leur opinion, ne les authorisent point à en tirer une regle générale. Le célebre HUBER raisonne très judicieusement sur ce point dans son Comment. *ad t. Inst. de V. O.* §. 5. Il y fait voir, que l'on ne peut conclure des passages allegués du Droit Romain autre chose si ce n'est, que celui qui n'accomplit point son engagement, est tenu d'indemniser celui, envers lequel il est en défaut. Au reste ce que l'Auteur enseigne dans ce paragraphe, s'accorde avec la doctrine du Droit Romain. *t. Inst. quib. mod. toll. oblig.* Voyez PUFENDORF *de Off. hom. & civ.* L. I. C. XVI. & ses Commentateurs.

la chose due offerte actuellement, mais non acceptée par le créancier, est scellée & déposée, „ ou consignée." Comme l'offre réelle solemnelle ne peut avoir lieu *pour une chose immeuble, ou qui ne peut être scellée, ou consignée commodément, l'offre verbale est équivalente à l'offre solemnelle* (§. XXXVII.). Et puisque si l'on offre solemnellement le payement, c'est comme si on payoit la dette (§. DCCLI.); *l'obligation du débiteur est éteinte par l'offre solemnelle* (ibid), par conséquent aussi *par l'offre verbale d'une chose immeuble, ou qui ne peut être consignée commodément:* c'est pourquoi *le domaine est alors transféré au créancier, & tous les risques sont pour lui* (§. CCXLIII.). Puisque *le créancier* est obligé d'accepter le payement, *s'il refuse de l'accepter, le débiteur peut naturellement laisser la chose due dans sa maison malgré lui, ou évacuer la chose immeuble, & en abandonner le soin aux risques du créancier.* Et comme *le débiteur* n'est point en demeure, ou en retard, *si le créancier refuse d'accepter le payement offert* (§. CCCCXVII.), *il est liberé de la demeure, & le créancier* au contraire *commence à être en demeure.*

De l'acceptilation. §. DCCLIV. On dit que le créancier *tient* le payement *pour reçu*, s'il déclare suffisamment, qu'il regarde comme reçu ce qui lui étoit dû, de même que si on le lui avoit payé, „ & cette déclaration s'appelle *acceptilation.*" *Celui* donc *qui tient pour reçu remet la dette & son propre droit* (§. CCCXXXVII.), par conséquent *le débiteur est liberé, & le droit du créancier est éteint par l'acceptilation* (ibid. & §. DCCXLIX.), *& le débiteur est censé avoir payé.* Comme il dépend du *créancier* de statuer à son gré touchant son droit, il *peut aussi tenir pour reçue une partie de la dette, & l'acceptilation se peut faire, ou gratuitement, ou pour quelque autre chose, ou pour un fait qui est regardé comme un payement de la dette.* (z)

De la convention de ne pas demander. §. DCCLV. On appelle *convention de ne pas demander* *, celle par laquelle le créancier & le débiteur conviennent entr'eux, qu'on ne payera pas la dette. Puisque la dette est remise *par la convention de ne pas demander* (§. CCCXXXVII.), *le débiteur est liberé* (ibid. & §. DCCXLIX.); c'est pourquoi on l'appelle *convention liberatoire.* Il paroit, au reste comme ci-dessus touchant l'acceptilation, que la convention liberatoire peut se faire aussi pour une partie de la dette, & qu'elle peut se faire ou gratuitement, ou pour quelqu'autre chose, ou pour un fait imputé pour payement (§. DCCLIV.). (a)

* pactum de non petendo

De la compensation. §. DCCLVI. On appelle *compensation* l'extinction de la dette d'une des parties par la dette de l'autre; ou l'acte par lequel un débiteur, qui devroit payer une dette, regarde comme payé au créancier, ce que celui-ci lui doit lui-même. Donc *par la compensation les deux parties sont liberées de l'obligation de payer la dette, & la compensation est un payement fait de main brève* (§. CCCXXIII.). Comme on ne peut payer une chose pour une autre, & qu'il faut payer précisément (§. DCCLI.), *il faut que ceux qui sont réciproquement créanciers & débiteurs doivent la même chose, & que le terme du payement soit arrivé, quand la compensation doit se faire.* Il paroit au reste, que *la compensation se fait de droit*, & que par con-

§. DCCLIV. (z) La définition que l'Auteur donne de l'acceptilation est très-claire: les formalités que le Droit Romain exigeoient dans cet acte, ont été cause que les Jurisconsultes Romains ont été très embarassés à en donner une: JUSTINIEN la définit très mal en disant, que c'est une *solution imaginaire.* Voyez *Institut. t. quib. mod. toll. oblig.* §. 1.

§. DCCLV. (a) Le Droit Romain a mis le pacte de ne point exiger ce qui est dû au nombre des exceptions, parce que ce pacte n'étoit admis que comme un moyen de défense contre celui, qui

conséquent *il n'est pas besoin de quelqu'acte particulier pour la compensation*, & qu'ainsi *il n'est pas nécessaire que vous déclariez à votre créancier, qui est en même temps votre débiteur, que vous voulez compenser, mais lorsqu'il vous demande le payement, vous pouvez le débouter de sa demande par la compensation.* Comme on peut renoncer à la compensation (§. CCCXLII.), *si on y a renoncé il n'est pas permis de compenser* (§. CCCXL.). Comme dans la compensation la dette de l'une & de l'autre partie doit être sûre, puisqu'on ne peut contraindre à payer que celui qu'on est assuré qui doit, & comme on appelle *dette liquide*, celle au payement de laquelle on est assuré que quelqu'un est obligé, & *dette non-liquide*, *ou litigieuse*, celle où l'on n'a pas cette certitude, il s'ensuit, qu'*une dette liquide ne peut pas être compensée par une dette non-liquide.* Et puisqu'il faut payer précisément (§. DCCLI.), *le payement d'une dette liquide ne peut pas être différé pour cause de compensation;* cependant comme chacun doit écarter tout dommage de son patrimoine (§. CCLXIX.); *s'il est à craindre que dans l'intervalle celui à qui l'on paye ne devienne insolvable, il faut ou offrir solemnellement la chose due* (§. DCCLIII.), *ou que celui qui reçoit donne des sûretés pour le payement de ce qu'il doit à son tour* (§. DCXCVII. DLXIX.). Dans la compensation ce que vous devez payer prend la place de ce que je vous dois payer. Puis donc qu'on ne peut payer une chose pour une autre (§. DCCLI.), la compensation ne peut avoir lieu, que dans des choses susceptibles de remplacement, & dues en genre (§. DXXVII.), car les choses susceptibles de remplacement cessent d'être telles, dès qu'on les doit en espèce (§. DXV. DXXVII.). C'est par cette raison, que la compensation n'a pas lieu à l'égard du dépôt (DXLI.), & du commodat (§. DXV.). (*b*)

§. DCCLVII. On dit qu'une *chose* est *donnée en payement*, quand on la paye au lieu de la chose qui étoit due. *On peut* donc *donner en payement une chose quelconque, mais seulement à celui qui le veut bien, ou lorsque le payement précis est impossible* (§. LX.), puisqu'il faut payer précisément (§. DCCLI.). Et comme les travaux sont équivalents aux choses qui sont dans le domaine (§. CCXXV.), *on peut aussi donner des travaux en payement.* Puisqu'encore vous pouvez me céder votre droit (§. CCCXLII.), *vous pouvez aussi me donner en payement ce qu'un autre vous doit, en me cédant votre droit.* C'est pourquoi puisqu'un débiteur peut être contraint par le créancier, à donner quelque chose en payement, s'il lui est impossible de payer la chose due (§. LXXX.), il peut être contraint à donner en payement ce qu'un autre lui doit, en cédant son droit, ce qui s'appelle *cession nécessaire*, comme elle l'est en effet. Il est clair que *le débiteur est liberé par le don en payement* (§. DCCXLIX.). (*c*)

Donner en payement, ce que c'est.

§. DCCLVIII. On appelle *novation* le changement d'une obligation en une autre, savoir par rapport à la cause de la dette, ou à la manière de devoir, le créancier & le débiteur restant les mêmes: comme, par exemple, si nous convenons que vous me devrez comme un prêt, ce que vous me devez pour achat. Ainsi

De la novation.

qui après avoir fait la promesse de ne point exiger, vouloit cependant faire valoir sa prétension. Voyez *Instit. t. de except.* §. 3.

§. DCCLVI. (*b*) Ce paragraphe contient des principes qui peuvent être d'un grand usage au barreau; parce qu'il arrive souvent que celui, contre lequel on a une prétension, allegue des prétensions de son côté. Voyez *tit. des Inst. de act.* §. 30. PUFENDORF *de Off. hom. & civ.* L. I. C. XVI. §. 2. & les Commentateurs.

§. DCCLVII. (*c*) Le sens que notre Auteur donne à l'expression *in solutum dare*, se trouve *in*

Ainsi *la novation abolit l'ancienne obligation, & lui en substitue une nouvelle;* par conséquent *le débiteur est libéré de la premiere dette* (§. DCCXLIX.), *& n'est tenu que par l'obligation postérieure.* C'est pourquoi, comme tout le droit qu'avoit le créancier par la premiere obligation est éteint (§. XLVI.), *les fidéjusseurs ne sont plus obligés envers le créancier, & il perd le droit de priorité sur les autres créanciers de son débiteur. La fidéjussion,* une fois éteinte, *ne renait pas, quand même les parties renonceroient à la novation, & retourneroient à l'ancienne obligation,* ce retour n'ayant lieu en effet que par une nouvelle novation: *sa demeure* regardant l'ancienne obligation (§. CCCCXVII.), elle *est purgée par la novation* (§. CCCCXVIII.). Par la même raison *la novation empêche la commission de la peine attachée à la premiere obligation.* Puisqu'on ne peut ôter à personne malgré lui le droit qu'il a une fois acquis (§. C.), *la novation ne peut se faire que par un consentement réciproque du créancier & du débiteur, qui,* pouvant disposer de leur droit comme ils le trouvent bon (§. CCCXIV.), *peuvent par la novation changer ce qu'il leur plait dans l'ancienne obligation,* par conséquent *la dette conditionnelle, ou pour un certain jour, peut être convertie en dette pure & simple, ou au contraire.* Il ne faut pas confondre ce cas avec ce qui arrive *lorsqu'une dette conditionnelle, ou pour un certain jour est renouvellée purement & simplement,* ou telle qu'elle est: puisqu'alors on change seulement l'obligation, & non la maniere de devoir. *Dans le premier cas,* „ savoir, „ quand une dette conditionnelle est renouvellée purement & simplement," *la novation ne se fait qu'en laissant subsister la même condition; dans le second,* „ lorsqu'on renouvelle une dette pour un certain jour," *l'obligation est d'abord parfaite à la vérité, mais la nouvelle dette ne peut être exigée avant que le jour soit venu.* La novation abolissant la premiere obligation, dont vous pouviez vous libérer en payant à l'adjoint (§. DCLXI. DCCLI.), *celui qui avoit été adjoint dans la premiere obligation n'est pas censé l'être dans la novation;* mais comme la novation donne lieu à quelque changement que l'on veut, *on peut adjoindre dans la novation quelqu'un qui n'avoit pas été adjoint dans la premiere obligation.* L'obligation reste la même *dans la cession* (§. CCCXXXVIII.), par conséquent *on n'y fait pas une novation.* Par la même raison, *ce n'est pas une novation si on proroge le terme du payement, si dans l'intervalle on adjoint un tiers à qui l'on peut payer* (§. DCLXI.), *ou si l'on prend un fidéjusseur* (§. DLXIX.), *ou qu'on ajoute à l'obligation une peine qui n'y avoit pas été attachée au commencement* (§. CCCCX.): *le constitut n'est pas non plus une novation* (§. DCLX.). Mais comme le billet sert là prouver la dette (§. DCLII.), *si l'on rend le vieux billet, & qu'on en reçoive un autre à sa place, c'est une novation.* Au reste comme par la définition de la novation, il est aisé de-

l. 46. de solut. l. 5. ff. ad SCt. Vell. Voyez les Commentateurs sur le commencement du titre des *Inst. quib. mod. toll. oblig.*

§. DCCLVIII. (*d*) L'idée que JUSTINIEN donne de la *Novation* in §. 3. *Inst. quib. mod. toll. oblig.* n'est surement pas des plus lumineuses. Ce qu'il en dit sur la fin de ce paragraphe est même assez embrouillé: on diroit qu'il n'a gueres su indiquer ce qu'il vouloit que le mot *Novation* désignât. Il exige qu'on exprime dans l'acte fait pour nover, qu'on ait eu l'intention de faire une novation, tout comme si la nature d'un contract pouvoit être déterminée par cette expression. Aussi les Interprétes n'ont-ils pas manqué de faire leurs reflexions sur cette disposition de JUSTINIEN; & on s'en tient communément à la regle générale, de ne point admettre la novation là où la nature même de l'engagement, ne l'indique point, & de l'admettre dès que l'acte par lui-même porte les caractères d'une novation: ce n'est que dans le cas, où cet acte n'en porte point clairement les caractères, que l'intention des

de connoitre si l'on a innové, *il n'est pas besoin naturellement qu'on dise expressément, qu'on n'a pas l'intention d'innover:* cependant *dans les cas douteux*, lorsque ce qu'on fait peut se faire avec & sans l'intention d'innover, par exemple, si vous me devez cent écus pour un achat, & que je consente dans l'intervalle, que vous me les payiez au bout de deux ans avec les intérêts, *s'il ne doit pas y avoir une novation, il faut dire expressément, que ce qu'on fait, se fait sans intention d'innover* (§. CCCXVIII). (*d*)

§. DCCLIX. La *delegation* ou substitution, est une convention, par laquelle le débiteur substitue en sa place un autre débiteur, qui se porte pour fidejusseur solidaire envers le créancier (§. DLXXIX.). Celui qui substitue s'appelle *délégant;* celui qui est substitué le *délégué*, le créancier pour qui se fait la délégation, s'appelle le *délégataire*. Comme personne ne peut être obligé envers un autre plus qu'il ne le veut (§. CCCXVII.), & qu'on ne peut acquérir un droit sans acceptation (§. CCCXVI.), *la délégation s'achève par le consentement du délégant, du délégué, & du délégataire*, c'est-à-dire, que le délegué promet au délégant qu'il veut être fidéjusseur solidaire, le délégué au délégataire qu'il veut le payer, & le délégataire accepte la substitution. D'où il paroit d'abord, que *par la délégation le délégant est libéré*, & que *le délégué seul reste obligé envers le délégataire;* par conséquent si le délégué est insolvable, on ne peut pas avoir son recours au délégant. Il est au reste aisé de comprendre, qu'*il n'est pas besoin naturellement que la délégation se fasse entre toutes les parties présentes*, *par un seul acte*, & qu'*elle peut se faire avec ou sans l'intention d'innover.* Par conséquent, puisqu'en délégant mon debiteur à un autre je puis convenir, ou qu'il paye à mon créancier comme s'il lui payoit ce que je lui dois, ou comme pour la même cause pour laquelle il me devoit lui-même, ou enfin qu'il se contracte une nouvelle obligation avec le délégataire, *lorsque je délègue mon débiteur à un autre*, *il se fait une novation ou avec le delegué, ou avec le délégataire*, *ou avec l'un & l'autre.* Comme on ne peut ôter à personne un droit qu'il a acquis (§. C.), *la délégation une fois parfaite ne peut être révoquée par le délégant* (§. CCCXIV.); par conséquent *il ne peut pas empêcher qu'on paye le délégataire, ni par conséquent accepter le payement du délégué*, *s'il le lui offroit de lui-même.* Si les facultés du délégué ne sont pas connues au délégataire, rien n'empêche que le délégant ne promette au délégataire, qu'il le payera lui-même, si le délégué n'est pas solvable au temps du payement. Puis donc qu'alors *la délégation* est *faite sous la condition*, *qu'au temps du payement le délégué sera solvable*, elle *n'est pas valide avant qu'il se trouve solvable au temps du payement* (§. CCCXCVI.). (*e*)

De la délégation.

§. DCCLX.

des contractants, si elle est exprimée, décide. Au reste la *Novation* est très bien désignée par ULPIEN *in l.* I. *ff.* où nous lisons: *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem transfusia atque translatio: hoc est cum ex præcedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur.*

§. DCCLIX. (*e*) Le Droit Romain a mis fort mal à propos au nombre des Novations, l'acte par lequel un débiteur en substitue un autre en sa place, du consentement du créditeur. Notre Auteur en fait très bien sentir la différence: il prouve aussi, que la délegation ne peut avoir lieu sans le consentement du délegant, du délegué & du délegataire; caractère essentiel de la délegation, qui paroit avoir échappé à l'attention de PUFENDORF, lorsqu'il a parlé de la délegation. *de J. N. & G. Lib.* V. *C.* XI. §. 13 *de l. ff. Hom. & Civ. L.* I. *C.* XVI. §. 9. Aussi est-ce avec raison, que les Commentateurs de PUFENDORF ont remarqué, que cet Auteur confond la *delegation* avec la *cession;* car ces deux actes ne sont

De l'assignation. §. DCCLX. L'*assignation* est un acte, par lequel le débiteur, qui doit payer, en substitue un autre qu'il prie ou qu'il charge de payer à sa place. Celui qui en substitue un autre s'appelle *l'assignateur*, celui qui est substitué s'appelle *l'assigné*. *Si* donc *le créancier accepte pour payement la dette assignée, le débiteur est libéré, si non, il n'est libéré qu'après que l'assigné a accepté le payement* (§. DCCLVII. DCCXLIX.). Comme l'assignation ne change rien à l'obligation, à moins qu'elle ne soit acceptée pour payement, *on ne fait point* aussi *de novation en assignant; à moins que la dette assignée ne soit acceptée pour payement.* En quelque cas que ce soit, *si l'assigné paye, le débiteur principal & les fidéjusseurs sont libérés* (§. DCCXLIX. DLXX.). (*f*)

De la confusion de dette & de créance. §. DCCLXI. On appelle *confusion de dette & de créance*, lorsqu'il arrive que celui qui étoit débiteur se trouve créancier, comme, par exemple, lorsque le créancier devient héritier du débiteur. Donc *le débiteur est libéré par la confusion de dette & de créance* (§. DCCXLIX.).

sont pas différents uniquement par le Droit Civil, comme le prétendent quelques Auteurs, voy. TREUER *in not. ad* PUFENDORF *de Off. Hom. & Civ.* l. c. mais ils le sont par leur nature.

§. DCCLX. (*f*) Les Assignations sont aujourd'hui d'un usage fort commun; mais comme on ne les accepte dans l'intention de dégager par là le débiteur, qu'au cas que l'assigné paye, elles ne sont pas censées avoir été acceptées *in solutum.*



CHA-

CHAPITRE XVIII.

De la manière de terminer les procès dans l'état de nature. (†)

§. DCCLXII. On dit qu'un *droit* eſt *conteſté*, ou controverſé, lorsque deux ou pluſieurs prétendent à une même choſe comme leur appartenant, ou leur étant due, ou lorsque quelqu'un nie un droit qu'un autre prétend avoir à quelque preſtation de ſa part. On dit que ceux qui font cela, *plaident* ou ſont en procès, & leur conteſtation ſur le droit, laquelle conſiſte en ce qu'ils diſent réciproquement qu'un même droit leur appartient, s'appelle un différent ou un *procès*, comme, par exemple, ſi vous affirmez, que vous avez droit ſur cet héritage, & que vous niez qu'il m'appartienne, & que moi de mon côté, j'affirme qu'il m'appartient, & que je nie que vous y ayez aucun droit; ou ſi vous affirmez que je vous dois cent écus, & que je le nie. La choſe touchant laquelle on plaide, s'appelle *choſe litigieuſe*, ou en litige. *Ce que c'eſt que droit conteſté.*

§. DCCLXIII. Quand on ſe déſiſte gratuitement d'un procès, c'eſt-à-dire, quand le droit controverſé eſt cédé à l'un, & que l'autre ne reçoit rien à ſon tour, cela s'appelle un *accommodement à l'amiable.* Donc *un procès ſe termine par un accommodement à l'amiable, & celui qui ne reçoit rien s'engage à ne rien demander pour la choſe litigieuſe à l'autre, qui la reçoit toute entière;* par conſéquent *il remet un droit qu'il croit avoir* (§. CCCXXXVII.), de ſorte qu'*un accommodement à l'amiable eſt permis* (§. CCCXLII.). C'eſt pourquoi puisque la *prétenſion* s'éteint (§. CCCXXXVII.), elle *ne peut être renouvellée après qu'on a fait un accommodement à l'amiable.* Mais comme l'affaire ne ſe paſſe qu'entre vous & moi, & que nous ne pouvons enlever à un tiers le droit qu'il peut avoir (§. C.); *un accommodement à l'amiable n'éteint pas le droit d'un tiers.* (*g*) *De l'accommodement à l'amiable.*

§. DCCLXIV.

(†) CHAP. XVIII. La vie ſociale exige que les hommes ſe prêtent mutuellement des ſecours: de là la néceſſité de prendre des engagements & de contracter des obligations: mais il arrive, & c'eſt un effet de la foibleſſe humaine, ou qu'on ne s'eſt pas bien entendu ſur la nature & l'étendue des engagements qu'on a contractés; ou qu'on ſe répent de les avoir pris, par le peu d'intérêt qu'on croit y trouver enſuite; ou qu'on ſe trouve dans l'impoſſibilité d'y ſatisfaire: enfin ſoit de bonne foi, ſoit de mauvaiſe foi, tous les jours les hommes ſe diſputent ſur des prétenſions, dont l'un affirme & dont l'autre nie la validité. Il eſt donc naturel qu'après avoir traité des différentes manières, par lesquelles on contracte des engagements, & de celles qui les éteignent, on faſſe connoitre les moyens & les voyes, que le droit indique pour terminer les conteſtations qui peuvent naitre; & c'eſt là, comme on voit l'ordre & la marche que notre Auteur s'eſt preſcrits. PUFENDORF touche cette matière dans le §. II. du I. *Chap. Liv.* II. de ſon Abregé; & il la traite aſſez amplement dans ſon grand Ouvrage *Liv.* V. *Chap.* XIII. Si l'on prend la peine de confronter ce qu'il en dit, avec ce que notre Philoſophe en enſeigne ici & dans ſon grand Ouvrage, on verra encore combien la méthode de notre Auteur eſt préférable à une diſcuſſion vague; qui bien loin de convaincre ne produit ſouvent que des doutes & des incertitudes.

§. DCCLXIII. (*g*) C'eſt pour diſtinguer les arrangements dans lesquels on cede tout d'une part, de ceux dans lesquels on cede de part & d'autre quelque choſe, que notre Auteur définit l'accommodement à l'amiable, ainſi qu'on le trouve dans ce paragraphe. Il conſerve le mot de *Transaction* pour déſigner ceux, dans lesquels on cede de part & d'autre quelque choſe; comme on le verra aux §§. ſuivants.

§. DCCLXV.

De la transaction.

§. DCCLXIV. Si les plaideurs conviennent entr'eux, qu'on ne se désistera pas gratuitement du procès, mais qu'on donnera, retiendra, ou permettra quelque chose, cette convention s'appelle une *transaction*. *Le procès finit* donc *par la transaction*, & *les transigents conviennent entr'eux, que l'un n'exigera rien de l'autre pour la chose litigieuse, que ce dont on est convenu*, par conséquent *la prétension ne peut être renouvellée après la transaction* (§. CCCCXXXVIII.). *On convient dans la transaction touchant celui qui aura toute la chose litigieuse, & ce qu'il devra donner à son tour à l'autre; ou sur la manière dont la chose en litige doit être partagée entre les plaidants, & sur les prestations auxquelles l'on pourra outre cela être obligé envers l'autre.* Il paroit au reste, comme ci-dessus (§. DCCLXIII.), *que la transaction n'éteint pas le droit d'un tiers.* Et puisque la transaction est une convention (§. CCCCXXXVIII.), *il est permis de s'écarter de la transaction, pour les mêmes causes pour lesquelles il est permis de s'écarter d'une convention* (§. CCCCXLII.). La *transaction* est ou *générale*, c'est-à-dire, qu'elle s'étend à toutes les prétensions particulières, qui peuvent être comprises sous la prétension générale, soit qu'on y ait pensé ou non dans le temps qu'on transigeoit, comme, par exemple, si l'on transige au sujet de toutes les prétensions, qui pourroient survenir à l'occasion d'un héritage contesté; ou bien la transaction est *spéciale*, c'est-à-dire, restreinte à certaines choses soit par rapport à l'espèce, soit par rapport à la quantité, comme si l'on transige touchant le domaine d'un héritage, ou sur une certaine quantité de fruits ou de grains provenants d'un héritage. C'est pourquoi *dans la transaction générale on renonce à toute prétension, quelle qu'elle soit, sur la chose contestée; mais dans la transaction spéciale on ne renonce pas aux prétensions, qui pourroient naitre sur cette même chose, mais on les reserve* (§. CCCXL.).

De la différence entre la décision & l'accommodement d'un procès.

§. DCCLXV. On dit qu'un *procès* est *accommodé*, si, laissant en doute la vérité, on le termine du consentement des plaideurs, c'est-à-dire, de manière que l'un se désiste de sa prétension, ou que l'on satisfasse en partie aux prétensions de l'un & de l'autre. Mais on dit qu'un *procès* est *décidé*, si l'on montre par des principes de droit, appliqués à des faits suffisamment prouvés de quel côté est la vérité, ou à qui appartient le droit qui étoit controversé. Donc *dans la transaction, & dans l'accommodement à l'amiable on ne décide pas sur la chose controversée, on ne fait qu'accommoder le différent* (§. DCCLXIII. DCCLXIV.). (*b*)

Quels sont les cas où il y a lieu à un accommodement à l'amiable, ou à une transaction.

§. DCCLXVI. Puisqu'une dette liquide est certaine (§. DCCLVI.), que le débiteur est obligé de la payer (§. DCCLI. DCCLVI.), & que personne ne doit s'enrichir de la chose d'autrui (§. CCLXXI.), *on ne peut transiger au sujet d'une dette liquide* (§. DCCLXIV.), & *l'accommodement à l'amiable n'a pas lieu en pareil cas* (§. DCCLXIII.). Cependant comme chacun peut remettre son droit & y renoncer, tant qu'il ne se fait rien contre le droit d'un tiers (§. CCCXLII.), *le créancier peut, s'il le veut, remettre une dette liquide ou toute entière, ou en partie; ou*

§. DCCLXV. (*b*) L'idée que l'Auteur donne ici de la décision d'un procès, ne paroît pas exacte: il me semble, qu'il faut définir la décision, par l'acte qui termine un procès, après qu'on a montré par des principes de droit, appliqués à des faits suffisamment prouvés, de quel côté est la vérité, ou le droit contesté: car la décision ne suppose pas uniquement, qu'on ait montré de quel côté est la vérité; elle suppose outre cela un acte qui le déclare & qui par là détermine le différend. La définition d'ailleurs nous indique les deux différents points, qui ont toujours lieu dans les contestations, savoir le point de fait, & le point de droit. Il se peut que votre partie vous ac-

ou il peut renoncer à son droit liquide soit en entier, soit en partie. Cependant cette remission & cette rénonciation n'est pas un accommodement à l'amiable, ni une transaction, puisque dans ces conventions c'est un droit incertain qu'on remet ou auquel on renonce. Il paroit donc que *l'accommodement à l'amiable n'a lieu que dans les dettes non liquides*, à moins qu'on ne veuille faire violence au sens des mots.

§. DCCLXVII. En vertu de la liberté naturelle, *il dépend uniquement de la liberté des plaideurs d'accommoder leurs procès à l'amiable, ou de transiger touchant la chose litigieuse, ou de ne faire ni l'un ni l'autre* (§. LXXVIII.); cependant comme personne ne doit s'enrichir de la chose d'autrui (§. CCLXXI.), *il faut travailler à rendre liquide ce qui ne l'est pas.* Et comme il faut que les procès aient une fin, *il faut déterminer par le sort à qui doit être la chose litigieuse. S'il est impossible de rendre liquide ce qui ne l'est pas, & qu'on ne trouve pas à propos de remettre au sort l'accommodement du différent*, puisqu'il ne peut s'accommoder que par une transaction (§. DCCLXIV. DCCLXV.), *la partie à laquelle il importe que le procès s'accommode, a le droit de contraindre par la force l'autre partie à une transaction;* parce qu'on ne peut pas ôter à quelqu'un le droit qui lui appartient probablement (§. C.). *Ce qui est de droit, lorsque la dette n'est pas liquide.*

§. DCCLXVIII. On appelle *médiateur* une personne qui employe ses soins, à ajuster ou accommoder un différent entre d'autres personnes, sans avoir le droit de l'accommoder; & l'on appelle *médiation* l'acte par lequel un tiers ménage, ou tâche de ménager cet accommodement. Ainsi *le médiateur est chargé de la cause des parties*, mais *les plaideurs ne sont pas tenus d'acquiescer à ce qu'il trouve bon.* Puisqu'il n'a pas le droit d'accommoder le procès, *il peut seulement proposer des conditions sous lesquelles il lui paroit que le différent pourroit s'accommoder, sonder les dispositions des plaideurs, & conseiller qu'on accepte soit les conditions qu'il propose, soit celles qu'offre l'une des deux parties.* Et puisqu'il est chargé de la cause des deux parties, *il ne doit pas favoriser l'une plus que l'autre.* Ainsi, puisqu'on appelle *partial* celui qui fait cela, & *impartial* celui qui ne le fait pas, *il doit être impartial, & par conséquent proposer des conditions selon l'utilité commune, & selon la nature des prétensions des deux parties.* D'où il suit qu'*il appartient* aussi *au médiateur de donner son jugement sur les conditions offertes de part & d'autre, & de rejetter les conditions injustes offertes par l'une des deux parties.* *De la médiation.*

§. DCCLXIX. On appelle *négotiations*, les délibérations touchant une convention. Les *délibérations* sont des actes de l'entendement, par lesquels on examine, si une chose doit se faire ou ne se pas faire, & si telle chose doit se faire de telle manière, ou autrement. C'est pourquoi *on délibere ou touchant la fin, ou touchant les moyens, ou touchant l'un & l'autre de ces deux points:* par conséquent *si l'on fait des négotiations pour l'accommodement d'un différent*, puisque les plaideurs sont déjà d'accord sur la fin, savoir sur l'accommodement du différent, *on délibere sur-tout sur les moyens, c'est-à-dire, sur la manière d'accommoder le procès.* Comme personne ne *Des négotiations.*

accorde le fait que vous avancez, mais qu'elle n'avoue pas le point de droit, que vous en tirez, elle peut nier le fait, & ne pas contester le droit si vous prouvez le fait: elle peut nier le fait; & nier encore le droit que vous y fondez bien que le fait fut prouvé. Pour prouver le point de droit il n'y a qu'une seule voye, celle de montrer l'application soit des loix naturelles, soit des loix civiles au fait dont il s'agit; la preuve du fait en admet plusieurs: l'Auteur les indique aux paragraphes DCCLXXV. & suiv.

ne peut s'obliger envers un autre qu'en promettant (§. CCCLXXX.), ni s'obliger qu'envers quelqu'un qui accepte (§. CCCLXXXI.), *tant que les plaideurs ne sont pas d'accord sur la maniere d'accommoder le procès*, par conséquent, *tant qu'on s'en tient aux négotiations, il ne nait aucune obligation, & personne n'acquiert aucun droit* (ibid.). C'est pourquoi si les négotiations ne sont suivies d'aucune convention, il n'y a rien de fait (§. CCCCXXXVII.). Comme il n'y a point encore de convention, *si l'on accepte ce qu'on offre pour en délibérer, ou si le mandataire l'accepte pour en avoir la ratification, il ne nait encore aucune obligation* de cette acceptation; par conséquent *celui qui a offert peut se dédire, à moins que la conclusion de l'affaire sous les conditions offertes n'ait été remise expressément, dans le premier cas à la volonté de l'acceptant, dans le second à celle du maitre de l'affaire*, puisqu'on ne peut ôter le droit conditionnel acquis à l'acceptant, ou au maitre de l'affaire (§. CCCXCVI. DLIII.). Au reste comme nous devons rendre à chacun son droit, ni violer le droit de personne, & nous montrer équitable envers tous (§. LXXXVI.), *dans les négotiations chaque partie doit examiner par le droit interne soit ses propres raisons, soit celles de l'autre partie, pour lesquelles il prétend que la chose est sienne, ou lui est due, & il faut s'arranger selon ces raisons.* Il paroit de-là, que *le médiateur doit faire la même chose* (§. DCCLXVIII.).

Du compromis, de l'arbitre, de l'amiable compositeur.

§. DCCLXX. On appelle *compromis* une convention par laquelle on s'en remet à ce qu'une certaine personne, ou plusieurs diront. L'on appelle *arbitre* la personne que l'on choisit par le compromis, pour décider le différent; le droit conferé à l'arbitre de décider le différent s'appelle droit d'arbitrage, & la sentence par laquelle il décide s'appelle l'*arbitrage* *. Par conséquent, *les parties contestantes sont tenues d'acquiescer à l'arbitrage, & l'arbitre met fin au différent.* L'arbitre est distingué de l'*amiable compositeur* †, qu'on choisit pour accommoder un différent, sans cependant lui conférer le droit de décider, par conséquent *les parties ne sont pas tenues d'acquiescer au sentiment de l'amiable compositeur, ou lorsque son avis déplait à l'une des parties, ou à toutes les deux, il n'y a rien de fait, mais les prétensions de l'une & de l'autre restent les mêmes.* Puis donc que l'amiable compositeur agit comme médiateur (§. DCCLXVIII), *les devoirs de l'amiable compositeur sont les mêmes que ceux du médiateur.* L'amiable compositeur tient comme le milieu entre le médiateur & l'arbitre; il ne délibere pas avec les parties comme le médiateur, & ne porte point une sentence définitive comme l'arbitre, mais il laisse à délibérer aux parties, si elles s'en tiendront à son sentiment. Puisqu'on ne peut revoquer une promesse qui a été acceptée (§. CCCCXXVII.), *le compromis ne peut être revoqué contre le gré de l'une des parties* (§. CCCCXXXVIII.), *il peut être dissous* cependant *par un consentement mutuel, comme toute autre convention* (§. CCCCXLIV.), par conséquent *les parties peuvent, par un consentement mutuel, révoquer le droit d'arbitrage*, par conséquent encore *elles peuvent accommoder le différent à l'amiable, ou transiger, quand même l'arbitre auroit déjà reçu le droit d'arbitrage, & même si elles ne se soucient pas d'user de son droit d'arbitrage, elles peuvent choisir un autre arbitre.* (*i*)

* laudum.

† arbitrator.

Si l'on doit accepter le droit d'arbitrage, & si l'on peut y renoncer.

§. DCCLXXI. En vertu de la liberté naturelle personne ne peut être contraint à se charger des fonctions d'arbitre (§. LXXVIII.). Mais comme celui qui s'en charge pro-

§. DCCLXX. (*i*) Ce que l'Auteur enseigne, par rapport à la décision des différents par des Arbitres dans l'état naturel, peut être appliqué à celle qui se donne par les juges dans l'état civil: par-

promet par cela même, de décider le différent (§. CCCLXXIX.), & que par conséquent il s'oblige envers les parties à le faire (§. CCCLXXX.), *on ne peut renoncer malgré les parties au droit d'arbitrage une fois reçu* (§. C.); on dit que l'arbitre *renonce au droit d'arbitrage*, s'il déclare aux parties qu'il ne veut pas décider le différent.

Du devoir de l'arbitre & quel il doit être.

§. DCCLXXII. Puisque *l'arbitre* doit décider le différent, ou le procès (§. DCCLXX.), il *doit juger à qui appartient la chose contestée, ou à quelle partie quelque chose est dûe, à qui il n'est rien dû*, par conséquent *il doit prononcer si celui qui prétend avoir quelque droit contre l'autre, l'a effectivement, ou non.* Et *c'est dans cette sentence que consiste l'arbitrage* (§. DCCLXX.). De-là suit, que l'*arbitre doit être impartial* (§. DCCLXVIII.), & puisque l'*acception des personnes* est une détermination de la volonté ou de la nolonté par des motifs tirés de la personne, en faveur de laquelle on fait quelque chose, indépendamment de la vérité, *l'arbitre doit prononcer sans aucune acception de personnes.* Et puisqu'on appelle *homme de probité* celui qui aime la justice & l'honnêteté, qui hait tout ce qui y est contraire, tel que chacun doit être (§. LXXXVI. XLIX.), & puisque par conséquent *un homme de probité doit connoitre ce qui est juste & honnête, ce qui est injuste & deshonnête, &* par conséquent aussi *ce qui est équitable, ou contraire à l'équité* (§. LXXXIII.), & pour cela aimer la vérité, *un arbitre doit* aussi *être un homme de probité, &* par conséquent *connoitre ce qui est juste & injuste, équitable & contraire à l'équité, & aimer la vérité*, c'est pourquoi *il ne doit point souffrir que ni l'une ni l'autre partie le corrompe par des présents.*

Comment il doit remplir sa fonction.

§. DCCLXXIII. Lorsque les parties plaident touchant leurs droits, on appelle *demandeur* * celui qui prétend un droit, que la partie adverse nie qu'il ait; & l'on appelle *défendeur* † celui à qui l'on demande qu'il reconnoisse un droit. C'est pourquoi *l'arbitre* devant décider le différent (§. DCCLXX.), il *doit prononcer si le demandeur a le droit qu'il prétend avoir, &*, par conséquent, *si le défendeur est obligé de reconnoitre ce droit, ou non* (§. DCCLXV.). C'est pourquoi il *doit s'informer du fait, & avoir soin qu'il soit prouvé dans toutes ses circonstances contre celui qui le nie; & enfin il doit appliquer au fait, les loix, c'est-à-dire, dans l'état de nature, le droit naturel.* D'où il suit, que *l'arbitre doit être versé dans la connoissance des loix, ou du droit naturel dans l'état de nature.*

* actor.

† reus.

De ce qu'ont à faire le demandeur & le défendeur.

§. DCCLXXIV. Puisque l'arbitre doit appliquer les loix au fait (§. DCCLXXIII.), *le demandeur doit raconter le fait, & prouver ce que nie le défendeur, & celui-ci doit répondre au recit du fait, dire s'il le reconnoit pour vrai, ou non, ou si seulement il en nie quelques circonstances, & quelles exceptions il a à alléguer contre celles qu'il admet, ce qu'il doit prouver suffisamment contre le défendeur qui le nie* (ibid.).

De la preuve par des actes.

§. DCCLXXV. On appelle *instrument*, ou *acte*, un écrit dans lequel on a rédigé les choses, dont les contractants sont convenus entr'eux, ou dans lequel on rapporte quelque fait, à cause duquel l'un d'eux a, ou n'a pas quelque droit: ainsi *les faits se prouvent par des actes que la partie adverse, contre laquelle on les produit, reconnoit pour vrais, & contre lesquels elle ne peut rien exciper.* Puis donc que les actes ont cet usage, *s'il s'agit dans l'acte d'une affaire bilaterale,*

parce que dans l'état civil, les Juges doivent être considérés comme des Arbitres, préposés ou établis pour décider les différents des Citoyens.

le, c'eſt-à-dire, dans laquelle l'une & l'autre partie s'oblige à certaines preſtations, *il doit être ſigné par les deux parties, & l'on en doit livrer aux deux parties un exemplaire ſigné par toutes les deux.* Mais *s'il s'agit d'une affaire unilaterale*, où une partie ſeule s'oblige envers l'autre à certaines preſtations, *l'acte ne doit être ſigné que par celle des deux parties qui s'oblige envers l'autre, & il faut le livrer à celle envers qui elle eſt obligée.* Et pour prévenir les différents au ſujet de l'acte, *lorsqu'on en fait deux exemplaires, il faut exprimer qu'on en a fait deux, qui ont été ſignés par les deux parties, & qu'on en a livré un à chacune.* Il paroit par la définition de l'acte, qu'*une lettre, par laquelle on déclare quelque choſe à un abſent, eſt un acte:* telle ſeroit une lettre, par laquelle un débiteur avoue qu'il doit cent écus, *tel eſt un billet d'obligation* (§. DCLII.), *un reçu* (§. DCLIV.), auſſi-bien qu'un *protocolle*, ou *brouillon* ou une *minute* *, (c'eſt-à-dire, un écrit abregé de la choſe, fait pour ſoulager la mémoire) *ſi dans l'état de nature il eſt ſigné par la partie adverſe, ou par d'autres perſonnes préſentes dignes de foi*, puisqu'on doit tenir pour vrai ce qu'elles ont reconnu pour tel. Au reſte il paroit de là, qu'*on fait* auſſi *les protocolles, ou minutes pour en dreſſer des actes. Dans des cas douteux, ſi l'acte differe du protocolle, la préſomption eſt pour le protocolle;* car puisque c'eſt un article de fait, que les contractants aient changé quelque choſe d'un conſentement mutuel dans un acte, dont ils étoient convenus auparavant, cela doit être prouvé par celui qui l'avance. Pour éviter donc ce différent, *l'acte dreſſé par un autre doit être relu & collationné avec le protocolle, avant qu'on le ſigne* (§. LII.), *ce que doivent faire auſſi les témoins, qu'on employe pour atteſter qu'il eſt vrai que la choſe s'eſt faite ainſi, mais non, ſi on les employe ſeulement pour atteſter, que l'acte a été fait du conſentement des parties;* puisqu'en ce cas il n'eſt pas beſoin, qu'ils ſachent ce qui eſt contenu dans l'acte. On appelle *acte original* celui qui a été dreſſé du conſentement mutuel des parties, & *copie* celui qui a été écrit d'après l'original. *La copie ne prouve* donc *rien par elle-même, qu'autant qu'il conſte qu'elle eſt conforme à l'original, ou qu'autant qu'elle eſt vidimée*, puisqu'on appelle *copie vidimée*, celle dont des perſonnes dignes de foi atteſtent la conformité avec l'original. (*k*)

* punctatio, imbreviatura.

Du blanc ſigné.

§. DCCLXXVI. On appelle *carte blanche* ou *blanc ſigné*, un papier vuide que quelqu'un remet à un autre, après l'avoir muni de ſa ſignature, & de ſon cachet, pour que cet autre le rempliſſe de ſon écriture pour une certaine affaire. Puis donc que celui qui donne un blanc ſigné s'en fie à celui qui le reçoit, s'aſſurant qu'il n'écrira que ce qu'on a voulu qu'il écrivit, & que celui qui le reçoit doit être éloigné de toute fraude (§. CCLXXXVI.), *le blanc ſigné oblige celui, qui le ſigne & le ſcelle, à faire ce qui eſt promis dans l'écrit, & celui qui le reçoit s'oblige tacitement à n'y rien écrire, que ce que le premier veut qui y ſoit écrit, ou qui répond à ſon intention: s'il écrit quelque choſe à quoi vous n'avez point voulu vous obliger, ou qui répugne à la nature de la choſe, vous n'êtes point obligé de vous y tenir.* Mais comme il eſt clair en ſoi, qu'on ne peut s'en fier à une ſimple aſſertion, *il faut prouver qu'on a écrit quelque choſe contre votre volonté*,

§. DCCLXXV. (*k*) Comme il ne s'agit pas proprement ici de ce que ceux qui contractent doivent obſerver, pour pouvoir prouver en temps & lieu la validité des engagements qu'ils auront pris, mais uniquement de la maniere de prouver par inſtrument, tout ce que l'Auteur preſcrit ici ſur les

lonté, ou contre la nature de la chose. Ainsi pour éviter le procès, *il faut, si cela se peut, en signant le blanc signé, exprimer d'une façon déterminée pour quelle fin on le donne.*

§. DCCLXXVII. On appelle *taille* * des morceaux de bois, qui montrent par les coches ou entailles qu'on y a faites, combien une partie a donné, & combien l'autre a reçu, ou aussi combien de prestations a fait une partie, qui étoit obligée envers un autre à en faire un certain nombre. Puisque les deux parties ont consenti, que les faits pussent se prouver par *les tailles*, elles *prouvent ce que l'on a donné & reçu, ou les prestations de l'une des parties*, par conséquent *elles prouvent la dette dans le premier cas, & le payement dans le second.* *Des tailles.* * *baccilla fissa.*

§. DCCLXXVIII. On appelle *témoin*, une personne employée pour certifier quelque fait. C'est pourquoi *les faits se prouvent par des témoins.* Puis donc qu'on doit tenir pour vrai ce que raconte un témoin, *il faut qu'il connoisse le fait, & qu'il ait intention de parler moralement vrai* (§. CCCXLVII.), de peur qu'il ne soit trompé ou qu'il ne trompe (§. CCCLVI.); par conséquent pour qu'il y ait moins lieu de douter de la connoissance du fait, il faut qu'il ait été témoin quand la chose, dont on s'informe, s'est passée. On appelle *témoin oculaire*, celui qui raconte des choses qu'il a apperçues par ses sens, étant présent; & *auriculaire*, celui qui raconte ce qu'il a oui dire à un autre. On appelle *témoin vrai*, celui qui parle moralement vrai; & *faux témoin*, celui qui ne parle pas moralement vrai. S'il y a des raisons qui font présumer, qu'il ne parlera pas, ou qu'il ne parle pas moralement vrai, on l'appelle *témoin suspect*, lequel *ne doit pas*, par conséquent, *être admis à porter témoignage;* mais celui de qui l'on n'a point lieu de soupçonner, qu'il ne parlera pas moralement vrai, s'appelle un *témoin intègre* ou *irréprochable.* Puisqu'on employe *le témoin* pour prouver des faits, il *est naturellement obligé de dire la vérité* (§. CXXXIV.), par conséquent *le faux témoignage est un mensonge* (§. CCCLI.), & pour qu'on puisse d'autant plus compter sur le témoignage, *le témoin doit promettre qu'il parlera moralement vrai* (§. CCCLXXX.), & pour que nous puissions soupçonner d'autant moins, que le témoin n'a pas parlé moralement vrai, comme le serment écarte toute exception, & toute condition tacite, & qu'il n'admet aucune reservation mentale (§. CCCLXIX.), *le témoin doit jurer qu'il dira la vérité, ou confirmer son témoignage par serment.* Mais comme ce qui est moralement vrai peut être logiquement faux (§. CCCXLVII.), & que pour la preuve d'un fait il faut la vérité logique, ce qui est évident en soi, *un seul témoin, quoiqu'assermenté & nullement suspect, ne prouve pas suffisamment*, par conséquent *la preuve par un seul témoin n'est pas complète;* on appelle preuve *demi-complète*, ou *demi-preuve*, celle par laquelle le fait n'est pas prouvé suffisamment; comme d'un autre côté on appelle *preuve complète*, celle par laquelle un fait est prouvé suffisamment. Puisquela vérité logique est une (ibid.), *ce que deux ou plusieurs témoins assermentés*, (qui en jurant ont écarté tout soupçon, qu'ils ne parlent pas moralement vrai) *affirment également, doit être tenu pour logiquement vrai, & par conséquent pour prouvé suffisamment ou complettement:* donc *celui qui le nie doit l'admettre pour vrai contre soi-même*, & par conséquent *doit être tenu pour* *De la preuve par témoins.*

les précautions à prendre par les contractants, auroit mieux convenu à l'endroit, où il parle des différentes manières de former les engagements. J'en dis autant de ce qu'il enseigne dans les deux paragraphes suivants.

pour convaincu. En effet puisque l'on ne peut avoir la preuve autrement, quoiqu'il ne soit pas absolument impossible, qu'une chose prouvée ainsi par té-

§. DCCLXXVIII. *(l)* De tous les objets de la Jurisprudence Civile le plus difficile, est celui des preuves. Il ne suffit pas qu'on ait une prétension légitime: il faut avoir les moyens de la prouver. *Non tibi deficit jus sed probatio* est la croix du barreau. Encore, quoique les Docteurs ne s'accordent souvent pas sur le point de Droit, n'est-ce pas cet article qui embarrasse le plus; mais c'est la preuve du fait, qui la plûpart du temps est extrêmement difficile. Elle l'est même d'autant plus que jusqu'à présent, aucun Ecrivain n'a exposé ni developpé les véritables principes, sur lesquels les preuves juridiques doivent être fondées. Plusieurs ouvrages ont été mis au jour sur cette matiere, les uns plus les autres moins concis, exacts, ou volumineux: il n'est point de Jurisconsulte, qui commentant le Droit Romain, ou traitant en général du Droit Civil, n'en ait parlé: & avec tout cela on n'en est pas plus avancé. La matiere des preuves forme un vrai Labyrinthe, dans lequel il est bien facile de s'égarer: le fil d'Ariadne nous manque; pour s'en convaincre, on n'a qu'à appliquer la théorie à la pratique. C'est alors que les défauts & l'insuffisance de la théorie sont sensibles: c'est alors qu'on trouve que les Docteurs ont établi des regles & des maximes, qui n'ayant point de source commune, ne peuvent manquer de se trouver souvent en opposition & en contradiction. Le croiroit-on, que, tandis qu'on a à chaque moment le mot de *preuve* dans la bouche, aucun Jurisconsulte n'a réussi à en fixer le véritable sens: tant il est vrai qu'on se contente généralement d'idées confuses, même par rapport à des choses, sur lesquelles on devroit se faire une loi de n'en admettre que de très-distinctes. Notre Auteur, qui dans tous ses ouvrages a eu pour but général de corriger ce défaut dans les Sciences, & qui dans celui-ci s'est particulierement appliqué à donner à l'étude de la Jurisprudence naturelle une marche sure & reglée, appuyée sur des idées nettes & précises, expose dans ce paragraphe & dans les suivants, les premiers principes de la validité des preuves; & quoique peut-être il n'ait pas si bien réussi sur ce sujet comme sur bien d'autres, cependant les principes sur lesquels il raisonne ici, & qu'il développe dans son grand ouvrage, méritent à tous égards d'être médités avec toute l'attention qu'exige une matiere, dont la vie, l'honneur, l'état & la fortune des hommes dépendent si souvent. Voyons si je puis y répandre quelque jour.

A bien considérer ce que l'on exprime lorsqu'on dit, qu'on a prouvé une chose, la preuve, prise généralement, est un acte par lequel la vérité de ce qu'on affirme est constatée: limitée aux contestations portées au jugement d'un tiers, la preuve sera tout procedé, par lequel la vérité de ce que l'on affirme est constatée auprès de celui qui doit juger. Elle le sera lorsque celui-ci sera convaincu de cette vérité: c'est donc cette conviction qui fait l'objet d'un procedé juridique qui tend à fournir des preuves; & c'est encore cette conviction, que l'on nomme en stile de Droit le *fides*, le *legitima fides intentionis nostræ*, quoique le mot *fides* soit aussi employé dans un autre sens, ainsi qu'on peut le voir aux *ll.* 2. *&* 3. *ff. de test.* & autres. Tout ce qui peut servir à produire cette conviction, de quelque nature que ce puisse être, peut donc raisonnablement être employé à cette fin, conséquemment aussi les personnes qui par leurs depositions peuvent contribuer à faire découvrir la vérité; & par là même des gens sans aveu, des débauchés, des personnes infames, des enfants, & autres, dès qu'ils peuvent concourir à ce même but. De là on voit qu'on a tort de se prévaloir de la disposition du Droit Romain pour écarter, comme témoins, des personnes, qui, à les considérer personnellement, ne meritent certainement pas que l'on ajoute foi à leurs paroles. Car quoique la qualité des personnes puisse plus ou moins influer sur la conviction qui fait l'objet d'une preuve, cette conviction n'en dépend pas essentiellement.

Qu'on fasse attention à l'operation de l'entendement & à la situation dans laquelle il se trouve, lorsqu'il est porté à une conviction: l'entendement juge alors que les moyens, employés pour constater la vérité, ne pourroient exister ou avoir lieu ou être produits, si la chose affirmée, & pour la vérité de laquelle ils sont produits, n'avoit elle-même eu lieu, ou n'étoit réellement vraie: concluant ensuite de l'existence des moyens à la vérité du fait, pour laquelle ils ont été employés. Par exemple, j'affirme avoir contracté avec *Séjus* pour la fabrique de quelques étoffes. *Séjus* le nie. Pour convaincre les Juges je produis un contract en bonne & dûe forme, passé par devant un Notaire & des témoins, tels que les loix civiles l'ordonnent. *Séjus* n'oppose rien de son côté contre la validité de cet instrument. Quel est maintenant l'effet que l'acte, fourni de ma part, produit sur l'esprit des Juges? qu'ils sont convaincus de la vérité de ce que j'ai affirmé; & ils le sont parce qu'ils jugent qu'une pièce écrite, telle qu'est celle que je produis en preuve, n'existeroit pas, si réellement l'engagement, que j'ai affirmé avoir été fait entre *Séjus* & moi, n'eut été fait entre lui & moi. J'affirme avoir vendu telles marchandises à telle condition à *Titius,*

témoins soit fausse, il faut cependant admettre cette preuve, car on ne peut exiger ici des démonstrations mathématiques. (*l*)

§. DCCLXXIX.

tius. Titius le nie: je produis deux personnes, qui sont reconnues pour gens de probité, qui ont été présentes au marché, & qui l'attestent sous serment. *Titius* n'y oppose rien: les Juges sont convaincus de la vérité de ce que j'ai affirmé, parce qu'ils jugent que la déposition de deux témoins, reputés gens de probité, jointe à un défaut absolu de la part de *Titius* n'auroit pas lieu, si effectivement la vente, que j'affirme avoir été faite, ne l'eut été. Ainsi à bien considérer l'operation & la situation de l'entendement, relativement à ce qui le met dans un état de conviction, on trouvera que le principe universel de la preuve revient à cette proposition-ci. Dès qu'il est impossible que les moyens, employés pour constater la vérité d'un fait affirmé, puissent avoir lieu sans que le fait ne soit vrai, il faut admettre la vérité du fait, toutes les fois que les moyens, employés pour en constater la vérité, ne pourroient l'avoir été, si le fait n'étoit vrai: & de là il resulte que le procedé juridique, que l'on nomme preuve, consiste proprement à produire des moyens, qui n'existeroient pas, si ce qu'on affirme n'avoit pas eu lieu; & à faire voir qu'il seroit impossible qu'ils existassent, si ce qu'on affirme n'étoit réellement vrai. Dès qu'on aura satisfait à ces deux égards, on aura donné la preuve la plus complette qui puisse être conçue. Ainsi la premiere regle qui doit nous guider pour juger si un fait est prouvé ou non, c'est de considérer si les moyens, employés pour la preuve, pourroient avoir lieu sans que le fait ne fut vrai. Si cette impossibilité n'est pas manifeste, sensible, évidente, & au-dessus de tout doute, la preuve ne sera pas complette: on en approchera plus ou moins, à mesure que cette impossibilité sera mise au-dessus de tout doute. Or quoiqu'il soit vrai que la conviction n'est qu'une, tout comme la certitude, cependant comme les choses humaines sont tellement constituées, que dans le cours de la vie nous ne pouvons presque jamais attendre, pour nous déterminer, que nous soions parfaitement convaincus ou certains; & qu'il faut presque toujours que nous nous déterminions sur des probabilités; ainsi l'on suppose des degrés de conviction, & des preuves qui y répondent, que l'on nomme pour cela complettes, moins-complettes, imparfaites ou parfaites. On va plus loin & on suppose un milieu entre l'ignorance totale, & une certitude complette; & peut-être cette idée a-t-elle fait naitre celle de la demi-preuve, dont notre Auteur parle d'après les Jurisconsultes, & qu'il a vraisemblablement empruntée d'eux: mais quoique l'on puisse concevoir une connoissance moyenne entre l'ignorance & la certitude, il me semble, que l'Auteur auroit bien fait de ne pas adopter une expression, qui n'est propre qu'à faire naitre des idées confuses: rarement les Jurisconsultes sont-ils assez philosophes pour les éviter: soit dit sans offenser leur ordre. Une démonstration est indivisible par sa nature. On prouve ou on ne prouve point. Il n'y a point de milieu, parce qu'il n'y en a point entre le vrai & le faux: il n'y a donc ni demi, ni tiers, ni quart de preuves: mais il y a des degrés de probabilité: c'est-à-dire, l'entendement humain peut supposer vrai ou faux, soit plus, soit moins, suivant que ses lumieres l'approchent de la conviction ou l'en éloignent: & comme dans les affaires du monde (ainsi que je viens de le remarquer) il faut la plûpart du temps se décider, non pas sur une conviction pleine & entiere de ce qui est vrai, mais de ce qui paroit l'être, on ne peut pas non plus exiger une démonstration rigoureuse ou mathématique de l'impossibilité, dont j'ai parlé ci-dessus, comme premier principe des preuves: vous la chercheriez ici en vain, dit notre Auteur sur la fin de ce paragraphe, & il a raison. Dans l'exemple proposé ci-dessus d'une vente de marchandises, affirmée par l'acheteur, niée par le vendeur, il n'est pas impossible que les deux témoins, quoique reputés gens de probité, n'attestent faux, soit qu'ils aient mal-entendu, ou qu'ils le fassent par mauvaise volonté: mais on suppose moralement impossible, que dans une affaire de cette nature, ces deux personnes aient mal-entendu ou qu'ils aient une mauvaise intention, poussée jusqu'à faire de sens froid un faux serment: c'est cette impossibilité morale, qui dans ce cas fait prendre la conviction de ce qui paroit vrai pour une conviction suffisante.

Vulgairement on pense que l'on en croit deux témoins, s'ils sont sans reproche, *parce qu'ils le sont*: c'est une erreur. Notre Auteur lui-même ne l'a pas évitée. „ Nous ajoutons foi (dit-il §. 1014. de la *P.* v. *Ch.* IV. de son grand ouvrage) „ aux témoignages des témoins, entant que nous „ acquiesçons à ce qu'ils disent, PARCE QU'ILS LE „ DISENT: *Fidem autem habemus eorum testimonio*, „ *quatenus assentimur iis, quæ dicunt*, PROPTEREA „ QUOD DICUNT, *utpote persuasi ipsos & nosse quod* „ *factum est, & rem narrare, prouti facta.*" Pour preuve de cette assertion il cite le §. 611. de sa Logique, où nous lisons *Fides dicitur assensus, quem præbemus propositioni propter autoritatem dicentis, ipsamque propositionem credere dicimur:* cependant il est aisé de voir, que quoique le mot *fides* puisse être employé, & qu'on l'employe souvent dans le sens que notre Auteur lui attribue dans cet-

cette définition, cela ne nous authorise pas à en conclure, qu'il n'y a point d'autre fondement, qui nous fait ajouter foi à des témoignages, & que c'est toujours uniquement par le credit que nous donnons aux discours des témoins, que nous prenons pour vrai ce qu'ils disent; enfin qu'on ne peut & qu'on ne doit employer des témoins, & que nous ne les employons véritablement, que pour ajouter foi à leur recit, & pour prendre ce qu'ils disent pour vrai, *parce qu'ils le disent.* Notre Auteur n'a pas fait attention, que je puis ajouter foi à ce que quelqu'un raconte par des raisons différentes, & non pas uniquement à cause de l'autorité que j'attribue à celui qui parle. Un de mes amis me vient voir un matin, & me raconte un fait assez particulier, qu'il m'assure avoir vu. Je n'ai aucun lieu de douter de sa bonne foi: cependant j'hesite à l'en croire sur sa parole. Le même jour je me trouve à une table publique, un de ceux qui y sont & qui m'est inconnu, raconte le même fait, & avec les mêmes circonstances, en ajoutant qu'il y a été présent. Si j'ajoute foi à son discours: ce n'est sûrement pas par l'autorité que je lui accorde, puisqu'il m'est inconnu, mais parce que ce qu'il dit se trouve en tout d'acord avec ce que mon ami m'a assuré avoir vu: & je prends alors le fait pour vrai parce que je juge, que s'il ne l'étoit pas, cet étranger & mon ami n'auroient pas pu s'accorder si bien dans leur narré. Il faut donc bien distinguer le *fides*, entant que ce mot désigne la foi que nous ajoutons au dire de quelqu'un, par la seule raison que nous le supposons instruit & véridique; & le *fides*, entant qu'il désigne une conviction de la vérité d'un fait, produit par des moyens, employés à en constater la vérité: car si ces moyens ne consistent qu'en témoignages, comme il ne suffit pas pour être *convaincu*, que l'on en *croye* quelqu'un sur sa parole, il faut pour la conviction quelque chose de plus que le *fides*, tel que notre Auteur le définit.

Qu'on remarque en passant combien les sciences peuvent souffrir, par les différentes significations attribuées à un seul mot; & combien il importe pour nos connoissances, qu'on détermine le sens de ceux dont on fait usage. Une seule meprise à cet égard peut nous jetter dans une infinité d'erreurs: celle de notre Auteur, que nous venons d'indiquer, rend toute sa théorie sur la validité & l'usage des preuves par témoins défectueuse: en voici la cause. Il nomme *foi* l'acquiescement qu'on donne à une proposition, à cause du credit de celui qui parle: & il employe cette définition comme s'il avoit prouvé, que lorsque l'on acquiesce à une proposition de celui qui parle, cela ne se fait qu'à cause du credit de celui qui parle: tant il est vrai, que les meilleurs genies ne sont pas toujours à l'abri de l'erreur. Concluons que, quoique l'intégrité des témoins contribue à disposer l'entendement à ajouter foi à ce qu'ils disent, ce n'est pas pourtant cela qui produit la conviction: c'est l'accord, la conformité, l'harmonie que l'on remarque entre le témoignage de l'un & celui de l'autre qui la produit; & c'est proprement dans cet accord que consiste la preuve de la vérité: c'est là aussi proprement la raison pourquoi le témoignage d'un seul, s'il n'est accredité par d'autres circonstances, ne prouve rien. Aussi l'Empereur CONSTANTIN fit-il très bien de le défendre par le rescript, qui nous a été conservé *l. 9. C. de test.* Ce n'est point, ainsi que je viens de l'observer, parce que deux personnes sont sans reproche, ou reconnues pour telles qu'on prend pour vrai juridiquement ce qu'elles déposent, mais parce qu'on suppose, que deux personnes sans reproche ne s'accorderoient point sur ce qu'elles déposent, si ce qu'elles déposent n'étoit pas arrivé: or plus les témoins sont reputés gens de probité, plus on leur reconnoit de lumieres & de connoissances, plus la supposition, dont je parle, est fondée; & elle s'affoiblit à mesure que quelques circonstances donnent lieu de douter, soit de leur disposition à dire exactement vrai, soit de leur situation à être instruits de ce qu'ils attestent; & à mesure qu'il y a des circonstances averées, qui ne peuvent se concilier avec ce qu'ils attestent. On ne suppose point, par exemple, que deux personnes reconnues pour gens de probité, menagent la vérité en attestant un fait qu'elles disent avoir vu, & qui concerne quelqu'un qui leur est étranger: mais si le fait concerne quelqu'un de leurs amis, ou quelqu'un avec lequel elles vivent en inimitié, comme alors elles peuvent être animées ou aveuglées par la passion; & que la passion peut avoir eu de l'influence sur leur déposition, la supposition par laquelle on ajoutoit foi à leur témoignage s'affoiblit, & se détruit même, si leur témoignage est combattu par des moyens plus valides. Il en est de même des situations dans lesquelles un homme de probité peut se trouver. L'homme le plus integre peut se tromper de mille manieres; se faire illusion, attester faux croyant attester vrai; ou bien, dans le stile de notre Auteur, parler vrai dans un sens moral, tandis qu'il parle faux dans un sens logique: & de l'autre côté il est également possible, que deux personnes, quoique de mauvaise foi, quoique ennemies ou amies, ne puissent absolument se rencontrer sur les faits qu'elles attestent, à moins que les faits ne soient réellement vrais. D'où il paroit que d'un côté on ne doit pas admettre universellement la regle, que deux témoins sans reproche suffisent pour prouver un fait: attendu que cette regle est fondée uniquement sur la supposition, que deux personnes ne peuvent se rencontrer dans un témoignage, sans que la chose ne soit vraie; supposition qui peut être fausse; & que de même, comme il est très possible que des gens sans foi, sans probité, des ennemis ou des amis, malgré tous les

les défauts qu'on peut leur ſuppoſer, ne puiſſent ſe rencontrer ſur des faits atteſtés de leur part, ſans que pourtant le fait, dont il s'agit, ne ſoit vrai, il paroit qu'on ne doit pas non plus admettre univerſellement la regle, qu'une perſonne infame & des gens ſans aveu, ne doivent pas être écoutés comme témoins: tout dépend de ce ſeul point à conſidérer; ſavoir, ſi l'accord, qu'on trouve dans leurs dépoſitions pourroit avoir lieu, quoique le fait même dont il s'agit ne fut pas arrivé. Pour ne rien laiſſer à déſirer ſur ce raiſonnement, poſez qu'en plein jour un homme en ait tué un autre, & que cinq perſonnes dignes de foi, l'ayant vu, atteſtent que c'eſt celui qu'on leur préſente qui a commis le fait: on m'avouera qu'avec toute la bonne foi du monde, ces cinq perſonnes peuvent ſe méprendre à une reſſemblance, & qu'ainſi il eſt très poſſible, que cinq perſonnes s'accordent ſur un fait en parlant moralement vrai, & que cependant ils accuſent faux dans un ſens logique, comme parle notre Auteur. Cet accord ne rempliroit donc pas tout ce qu'il faut pour être convaincu; & le fait par conſéquent ne ſeroit pas démontré. Poſez d'un autre côté cinq perſonnes, *Titius*, *Cajus*, *Sejus*, *Niger*, *Albus*, non-ſeulement ſuſpectes, mais des Scélérats même, convaincus de pluſieurs crimes. A ne faire attention qu'à leurs perſonnes, ils ne meritent aucune croyance; & ſi chacun d'eux racontoit quelque fait particulier, nous ne douterions pas ſeulement de leur bonne foi; mais jamais nous ne pourrions êtres portés à les en croire ſur leur parole: & ſi même ils s'accordoient ſur quelque fait, tant qu'il ſeroit poſſible qu'ils ſe fuſſent donné le mot pour s'accorder, ou que cet accord put être attribué à quelque autre cauſe qu'à la vérité du fait, on ne ſeroit pas convaincu de cette vérité, & on ne pourroit pas les en croire; on n'ajouteroit point foi à leurs diſcours, parce que la regle générale, exprimée ci-deſſus, manqueroit dans ce cas. Mais ſuppoſons ces cinq ſcélérats en priſon en différents endroits: qu'interrogés ſéparément ſur un meurtre, ils avouent l'avoir commis; & qu'ils ſe réuniſſent tellement ſur les circonſtances, qu'il ſoit abſolument impoſſible d'attribuer cet accord à un deſſein prémédité: je maintiens qu'alors leurs dépoſitions ont force de preuve. *Titius*, par exemple, déclare qu'il a été engagé à ce meurtre par *Sempronius*, Neveu du défunt: que celui-ci lui en ayant parlé, lui a promis en même temps de lui faire tenir cinq mille livres, le ſurlendemain du jour que le coup auroit été fait, & de lui faire toucher cette ſomme, à *Bruxelles*, à 9. heures du ſoir, dans l'Auberge à l'enſeigne des Armes de France, dans la chambre N° 10. Que s'y étant engagé, il en a fait la propoſition à *Cajus*, *Séjus*, *Niger* & *Albus*, dans un logement à *Paris*, à l'enſeigne de l'Etoile d'Orient, un ſoir qu'ils y étoient à ſouper, après avoir commis un vol ſur le chemin de *Paris* à *Verſailles*: & qu'après avoir diſputé ſur le partage des 5000. livres, ils ſont convenus, que *Titius* auroit 1500. livres, *Cajus* & *Séjus* chacun 1000. *Niger* & *Albus* chacun 750; & qu'enſuite ils ſe ſont arrangés ſur la maniere dont chacun ſe conduiroit dans l'exécution. Poſez que tous cinq s'accordent ſur les circonſtances du meurtre, & que *Titius* déclare, qu'après l'avoir fait, ils ſe ſont rendus à *Bruxelles* le ſurlendemain, dans l'Auberge aux Armes de France: qu'après y être entrés dans une chambre, & s'y être fait donner du vin, lui *Titius* eſt ſorti & eſt allé à 9. heures dans la chambre N. 10, qu'il y a trouvé *Sempronius*, & que celui-ci lui a remis les cinq mille livres en différentes eſpèces; qu'il nomme & ſpécifie. Que *Cajus*, *Sejus*, *Niger* & *Albus* interrogés chacun à part, confirment exactement & en détail ce que *Titius* a raconté: je dis que, par rapport aux circonſtances, leur témoignage doit avoir force de preuve; pourquoi? parce qu'il eſt impoſſible que cinq perſonnes s'accordent ſur différentes circonſtances, à moins que ces circonſtances ne ſoient vrayes, ou que ces perſonnes ne ſe ſoient donné le mot: or relativement à la nature de l'homme, il eſt impoſſible que cinq perſonnes ſe donnent le mot de répondre exactement la même choſe ſur des circonſtances, ſur leſquelles ils ne peuvent prévoir qu'ils ſeront interrogés: & les loix conſtantes de l'ordre qui regne dans l'univers & en particulier celles, qui réſultent de la nature de l'homme, ne nous permettent pas d'admettre comme poſſible, que cinq perſonnes, en imaginant chacune en particulier des faits, puiſſent ſe rencontrer à un tel point; donc ce n'eſt que la vérité du fait qui peut les faire répondre exactement de même. D'un autre côté, comme il eſt poſſible qu'ils ſe ſoient donnés le mot de dénoncer *Sempronius*, comme celui qui les auroit diſpoſés à commettre ce crime; leur dépoſition à cet égard ne fait pas preuve.

Les deux différents cas que je viens de propoſer font voir, ce me ſemble, évidemment, que ce n'eſt proprement point l'intégrité des témoins, qui fait admettre leur témoignage comme vrai, mais l'impoſſibilité que l'accord qui ſe trouve entre leurs dépoſitions, auroit lieu ſi ce qu'ils atteſtent n'étoit vrai. Et cela nous mène à une ſeconde regle, par rapport aux preuves juridiques, ſavoir, qu'il faut démêler dans les différents moyens employés pour un fait, 1. s'il s'y trouve un accord: 2. s'il eſt impoſſible que cet accord aît lieu, à moins que le fait même ne ſoit vrai. De là une troiſième regle, ſavoir: par tout où les moyens, employés pour preuve d'un fait, ſe réuniſſent à le conſtater, & où en même temps il ſeroit impoſſible, que cet accord eut lieu ſi le fait n'étoit vrai, le fait eſt prouvé; & il ne l'eſt point par-tout où manque ſoit cet accord, ſoit l'impoſſibilité qu'il eut lieu, ſi le fait n'étoit vrai. De plus, il importe de bien faire attention à la nature de l'impoſſibilité, dont il

il eſt ici queſtion: comme on la déduit, non pas de ce qui eſt poſſible ou impoſſible, à conſidérer la choſe en elle-même, & par abſtraction des loix conſtantes & invariables, qui reglent les évenements de l'univers, & auxquelles les hommes ſont ſujets, mais de ce qui eſt poſſible ou impoſſible en vertu de ces loix, il en reſulte que l'impoſſibilité, dont il eſt ici queſtion, ne peut jamais avoir lieu, & ne doit par conſéquent point être admiſe, toutes les fois qu'elle eſt combattue par une impoſſibilité phyſique du contraire. Il eſt, par exemple, d'une impoſſibilité phyſique, qu'une mouche ſouleve une brebis & l'emporte. Que mille perſonnes atteſtent l'avoir vu: il ſera toujours plus poſſible qu'ils ſe trompent, qu'il ne l'eſt que le fait qu'ils atteſtent, ſoit vrai. Que cent témoins, tous irréprochables, me viennent dire qu'un vieillard foible a lutté contre un jeune homme robuſte, ſain, & plein de vigueur, & qu'il l'a terraſſé, & tué: il ne faudroit pas les en croire, parce que ce fait eſt abſolument impoſſible. Ainſi, puisque toutes les fois qu'il eſt queſtion d'un fait impoſſible dans un ſens phyſique, on ne peut attribuer à la vérité du fait l'accord qui ſe trouve dans les moyens, employés pour en conſtater la vérité, on ne peut donc pas auſſi attribuer cet accord à l'imposſibilité que cet accord n'eut lieu, ſi le fait n'étoit vrai; & comme par là le fondement de la preuve vient à manquer, il en reſulte que tous les moyens, employés pour prouver un fait imposſible dans un ſens phyſique, ne peuvent jamais conſtituer une preuve. De là une quatrieme regle: dès qu'il s'agit d'un fait imposſible dans un ſens phyſique, tous les moyens, employés pour le prouver, ſont inſuffiſants.

Outre l'imposſibilité, dont je viens de parler, & qui détruit abſolument tous les moyens qu'on pourroit alleguer, pour prouver un fait impoſſible dans un ſens phyſique, il y en a une autre qui reſulte des loix de la nature, qui déterminent les hommes communement. Qu'on accuſe un Père, homme de bien, reconnu pour tel, & parvenu à un âge où les paſſions ne ſont plus ſi fougeuſes, d'avoir tué ſa fille unique, parce qu'elle ne s'eſt pas prêtée à ſa volonté, pour commettre un inceſte; comme cette accuſation repugne à l'idée que les loix de la nature veulent que nous nous formions du caractère d'un Père; il faut pour admettre le fait comme vrai, que l'imposſibilité que les moyens, employés pour le prouver ne s'accordaſſent ſi le fait n'étoit vrai, ſoit manifeſte, évidente, & au-deſſus de tout doute: car dès qu'il ſeroit ſeulement posſible que cet accord eut lieu, ſans que le fait fut vrai, quelque degré d'apparence ou de vraiſemblance que pourroient avoir ces moyens; ils ne ſeroient jamais ſuffiſants pour faire preuve. C'eſt pour cette raiſon, que les Empereurs GRATIEN, VALENTINIEN & THEODOSE diſent très-bien *in l. 25. C. de prob. Sciant cuncti accuſatores eam ſe rem deferre in publicam notionem debere, quæ munita ſit idoneis [teſtibus, vel] inſtructa apertiſſimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis, & luce clarioribus expedita.*

D'après ce que je viens d'expoſer, il eſt facile de juger de quel droit quelques Juriſconſultes ſoutiennent, qu'un ſeul témoin, quoique infame, ſuffit pour faire mettre à la torture quelqu'un, accuſé du crime de lèze-majeſté: car plus ce crime eſt atroce, plus la preuve doit être au-deſſus de tout doute. Pour ſoutenir une opinion ſi contraire au bon ſens, & aux principes de l'évidence, on ſe reclame en vain de ce que nous liſons du Juriſconſulte MODESTIN *in l. 7. ff. ad leg. Jul. Majeſt.* car quand il ſeroit vrai, que toutes les loix civiles du monde s'accordaſſent à vouloir, que l'on prit pour vrai ce qu'un témoin reprochable raconte, lorsque quelqu'un eſt accuſé du crime de lèze-majeſté, cette diſpoſition n'en ſeroit pas pour cela moins extravagante & denaturée: puisque la nature de l'eſprit humain n'eſt point ſous l'empire des loix humaines; & qu'il eſt ridicule de vouloir, que l'eſprit de l'homme ſoit convaincu par des motifs, qui ne ſont pas propres à le convaincre. D'ailleurs on me permettra bien de douter, que le Juriſconſulte MODESTIN ait prétendu par le paſſage cité, qu'on ajoutât foi à des infames, dès qu'il ſeroit queſtion du crime de leze-majeſté: tout ce qu'on peut raiſonnablement conclure de ce paſſage du Juriſconſulte Romain; c'eſt que l'on devoit recevoir leur accuſation & les écouter, non pas pour les en croire ſur leur parole, mais comme un moyen qui pouvoit contribuer à découvrir la vérité: & cette doctrine revient à ce que j'ai obſervé ci-deſſus.

C'eſt par la même raiſon encore, qu'on admet auſſi en certains cas, comme témoins, des perſonnes, qui, à ne conſidérer que leur caractère moral, ſeroient tout-à-fait reprochables; & non pas, comme quelques Juriſconſulte le croyent, parce que les cas, dans lesquels on s'en ſert, ne permettent pas d'en employer d'autres: raiſon pitoyable! comme ſi une choſe eſſentiellement défectueuſe pouvoit perdre ce défaut par la raiſon, qu'on n'en a point de meilleures. Si l'on avoit à paſſer une riviere ou à traverſer la mer, on ne ſe contenteroit ſûrement point d'une pareille raiſon. Il n'y a point juſques aux enfants qu'on ne puiſſe écouter, s'ils ſont dans le cas de pouvoir contribuer à conſtater la vérité: des raiſons particulieres priſes de la conſtitution de l'état civil de la République Romaine, ont ſans doute donné lieu à limiter la faculté de rendre témoignage, par rapport à certaines perſonnes dans certains cas, mais ſi cette diſpoſition péche contre le but d'un procedé juridique. S'il ne doit point importer aux Juges de quel côté la lumiere vienne, n'a-t-on pas tort d'imiter cette diſpoſition? ou de s'en prévaloir dans les tribunaux d'un

d'un pays, qui par ſa conſtitution n'eſt pas intéreſſé à la ſuivre? L'uſage en Hollande, qui admet toutes ſortes de preuves & de témoins, ſauf les reproches à faire, eſt bien plus ſage.

J'ai montré ci-deſſus, que toutes les fois qu'il s'agit d'un fait impoſſible dans un ſens phyſique, tous les moyens employés pour le prouver ſont inſuffiſants; & j'ai fait voir encore, que pour prouver un fait qui repugne à l'idée, que les loix de la nature veulent que nous nous formions du caractère de celui qui en eſt accuſé, l'impoſſibilité, qu'on trouvât dans les moyens, employés pour le prouver, l'accord qu'on y trouve, ſi le fait ne fut vrai doit être manifeſte, évidente, & au-deſſus de tout doute: cependant il eſt des faits, qui ne ſont pas entierement impoſſibles dans un ſens phyſique, mais qui ſont extraordinaires & rares; & il en eſt de ce genre dans un ſens moral. Qu'une Mère tue ſon enfant, c'eſt un fait qu'on ne doit naturellement point attendre d'une mère; qu'une femme empoiſonne ſon mari, c'eſt un fait qui n'eſt pas dans l'ordre des évenements ordinaires; qu'un homme, ſans autre arme qu'un couteau, en ait tué deux, armés comme lui, ce n'eſt pas une action phyſique impoſſible, mais cependant hors du cours ordinaire des évenements: il n'y a pas de fin à la diverſité des faits, qui conſtituent les cas qui peuvent ſe préſenter aux Juges, & qu'il faut décider: tant qu'il s'agit des affaires criminelles, il n'y a pas grande difficulté: on n'a dans ce cas qu'à ſe tenir rigoureuſement à la regle, *actore non probante reus eſt abſolvendus, etſi ipſe nihil præſtiterit:* mais comme cette maxime ne peut pas toujours être ſuivie à la rigueur, pour les différents qui ſurviennent entre particuliers, & que l'ordre de la Juſtice & le bien public exigent, que les Juges s'en écartent quelque fois; que ſouvent même on eſt obligé de prendre pour une preuve, ce qui en effet n'indique qu'un degré de probabilité, qui approche plus ou moins de la certitude; quelle ſera la regle à ſuivre dans ces cas? La voici. Dans tous les cas dans lesquels on ne peut porter les preuves à une évidence palpable, plus un fait repugne aux loix phyſiques ou aux loix morales, moins il faut être porté à attribuer l'accord des moyens, employés à conſtater le fait, à la vérité du fait; & au contraire. Cette regle eſt le fondement de ce que nous trouvons rapporté de l'Empereur ADRIEN, *in l.* 3. *ff. de teſt.* Mais quoique l'Empereur déſigne aſſez bien ce à quoi il faut en général faire attention pour porter un jugement juſte, cependant il y a bien des regles particulieres à obſerver, tant par rapport aux documents ou aux écritures apportées en preuve, que par rapport aux témoins; & à cet égard le Droit Romain nous donne moins de lumieres, que ne le fait l'illuſtre 's GRAVESANDE dans ſon petit ouvrage, intitulé *Introductio ad Philoſophiam.* Par exemple, une fille accuſe un garçon d'être père de l'enfant, qu'elle vient de mettre au monde: il le nie. Elle offre de jurer, qu'elle n'a jamais eu converſation charnelle qu'avec lui: & de ſon côté, il ne peut nier cette converſation. On le tient pour père de l'enfant, quoiqu'il ne ſoit point impoſſible, que cette fille faſſe une fauſſe accuſation. *Titius* reclame de *Sempronius* une tabatiere d'or: celui-ci dit, qu'il la lui a vendue pour un louïs de plus que ce qu'elle vaut en or: *Titius* nie le marché. *Sempronius* confirme par deux témoins ce qu'il affirme, & la boëte lui eſt adjugée, quoiqu'il ſoit poſſible, que *Sempronius* & ſes témoins accuſent faux, ſoit par erreur, ſoit de propos déliberé. Toutes les preuves par comparaiſon d'écritures, ne peuvent jamais être portées à la certitude. *Cajus* meurt: parmi ſes papiers on en trouve un, par lequel *Sempronius* reconnoit avoir emprunté de *Cajus* cent louïs, avec promeſſe de les lui rendre dans ſix mois: par la date du billet il y en a douze que la ſomme auroit dû avoir été rendue. *Sempronius* nie d'avoir reçu les cent louïs, & avoue que le billet paroit être de ſa main: mais il ajoute, qu'il ne ſe rappelle point de l'avoir écrit. *Cajus* & *Sempronius* ont toujours paſſé pour gens de probité, & ont toujours été fort liés enſemble. Quoiqu'il ſoit poſſible, que le billet n'ait point été écrit par *Sempronius*, & qu'il n'ait point reçu les cent louïs; on tiendra pourtant l'exiſtence du billet pour une preuve ſuffiſante contre lui. Suppoſé que *Sempronius* diſe, qu'il a rendu les cent louïs à ſon ami peu de jours après les ſix mois écoulés: que ſon ami lui ayant aſſuré qu'il avoit égaré ſon billet, il avoit pris de lui un reçu de la ſomme reſtituée; qu'il ne trouve pas ce reçu; & qu'il croit l'avoir perdu par l'accident, qui lui a fait perdre depuis peu pluſieurs papiers. Quoique ce que *Sempronius* raconte ſoit très poſſible; & qu'il ſoit auſſi très poſſible, que *Cajus* ait cru de bonne foi avoir égaré le billet qu'on a trouvé parmi ſes papiers, cependant l'exiſtence du billet ſera tenue pour une preuve ſuffiſante d'une dette non-acquittée, & ſur ce fondement *Sempronius* ſera condamné à payer les cent louïs. Voilà comme ſouvent les cauſes ſe jugent aux tribunaux, non pas ſur ce qui eſt certain, mais ſur ce qui eſt le plus apparent: les affaires civiles authoriſent non-ſeulement ces jugements, mais elles l'exigent: parce qu'il eſt impoſſible qu'on ſoit toujours muni de preuves au-deſſus de tout doute. Mais ſi la nature des différents que les particuliers peuvent avoir entr'eux, ſi la nature des affaires ou des cauſes que l'on nomme *civiles*, par oppoſition à celles que l'on nomme *criminelles*, authoriſe & exige ſouvent des déciſions portées, non pas ſur une pleine & entiere conviction de la vérité, mais ſur la foi qu'on ajoute à une probabilité plus ou moins grande; il faut bien ſe garder d'en agir ainſi dans les affaires criminelles: celles-ci demandent toujours une conviction complette.

 §. DCCLXXX.

Qui sont ceux qui peuvent témoigner.

§. DCCLXXIX. Puisque la volonté se détermine par des motifs, savoir par la représentation d'un bien ou d'un mal, & que par conséquent on rend un faux témoignage, ou dans l'espérance d'obtenir un bien, ou pour faire un mal, ou par faveur pour celui pour qui on jure, ou par haine contre celui contre qui on jure; *pour qu'un témoin soit suspect il faut qu'il paroisse capable de dire un faux témoignage, même en jurant, ou dans l'espérance de quelque bien, ou par la crainte d'un mal, ou par faveur, ou par haine.* Ainsi le soupçon nait des circonstances particulières, par lesquelles on prouve ces choses. Il suit de là, qu'*un témoin suspect ne doit pas être admis*, & que par ces raisons-là *un témoin dans sa propre cause*, c'est-à-dire, dans une chose dont il espère quelque avantage, ou dont il craint quelque inconvénient, étant un témoin suspect, il *ne doit pas être admis à porter témoignage*, par conséquent *un associé ne peut être témoin dans une cause commune.* Et puisque la connoissance du fait est requise dans un témoin (§. DCCLXXVIII), *personne ne peut être témoin touchant des choses qu'il ne comprend pas, ou auxquelles il n'a pas pris garde.* Il n'y a point de raison naturelle qui puisse empêcher *les femmes* de témoigner, par conséquent *on doit les admettre.* Au reste quoique des raisons générales, prises de la qualité de certaines personnes, comme, par exemple, quand il s'agit du témoignage d'un débiteur dans la cause de son créancier, d'un associé dans la cause de son associé, qui ne lui est pas commune, d'un parent dans celle de son parent, quoique, dis-je, ces raisons générales puissent faire naitre quelque soupçon, & faire regarder les témoins comme moins propres que d'autres, & que par conséquent il faille en préférer d'autres, si l'on en peut avoir, cependant par ces raisons-là seules, & à moins qu'il n'y en ait d'autres particulières & évidentes, ils ne peuvent guères être rendus assez suspects pour que leur serment ne suffise pas pour écarter tout soupçon. Pour qu'aucune des parties n'ait lieu de se plaindre de l'intégrité des témoins, *celui qui veut prouver quelque chose en sa faveur par des témoins, doit les produire lui-même, & si l'on veut prouver quelque chose contre quelqu'un par des témoins, il faut avant que de les admettre écouter s'il n'a rien à dire, pour rendre leur sincérité suspecte.*

§. DCCLXXX.

§. DCCLXXX. (*m*) Ce que l'Auteur enseigne dans ce paragraphe, nous indique la raison pour laquelle un témoin, attestant un fait, doit ajouter par quel moyen il en a connoissance. J'ai été étonné de voir par des Attestations, données en Angleterre dans l'affaire de Mr. le Chevalier *d'Eon*, qu'on n'y observe pas cette regle.

§. DCCLXXXI. (*n*) Notre Auteur affirme dans ce paragraphe une proposition, qu'on peut à bon droit lui contester: parce que les disputes doivent finir, dit-il, il faut, au défaut de preuves, les finir par le serment. L'Empereur ANTONIN ne l'a pas entendu ainsi: *actore enim non probante qui convenitur etsi nihil ipse præstat, obtinebit*, lisons-nous *in l. 4. C. de ed.* C'est-à-dire, que le Droit Romain pose pour fondement de décision, & par conséquent pour la fin de tout procès, que si celui qui agit ne prouve point, il doit être débouté: cette maxime est bien mieux fondée en raison, que ne l'est celle de notre Auteur, puisque si le serment devoit être employé à finir indistinctement tous les procès, où le demandeur seroit destitué de preuves, cela ne pourroit manquer de faire souffrir bien des personnes scrupuleuses sur l'article du serment, & donneroit beau jeu à ceux, qui pensent à cet égard un peu plus librement. D'ailleurs il est des cas qui ne peuvent admettre une décision, portée uniquement sur la foi du serment. Un homme, par exemple, intente action à une femme, pour l'épouser, & affirme qu'elle s'est engagée à lui: il n'en a aucune preuve. Si le fait est vrai, & qu'elle ne le veuille pas, il se peut qu'elle fasse un faux serment, pour se tirer de ce mauvais pas; si le fait est faux, il est possible qu'il en fasse un. De quel côté que l'on mette le serment, bien loin de nous convaincre, il ne nous en donnera pas seulement le moindre fondement. La maxime de ne recourir au serment, que dans les cas où ce moyen peut servir à convaincre les Juges, est égale-

Sur quelles choses & comment on doit rendre témoignage.

§. DCCLXXX. Puisque les faits qu'on prouve par des témoins ne peuvent être connus que par les sens (§. DCCLXXVIII.), *la chose sur laquelle on doit porter témoignage doit tomber sous les sens*, & par conséquent *un témoin ne doit raconter que ce qu'il a apperçu par les sens; s'il dit des choses qu'il n'a pû découvrir par les sens, son temoignage est nul.* Et de peur que le témoignage ne soit sujet à de fausses interpretations, *il doit raconter ce qu'il a apperçu par les sens, en termes propres, & non équivoques* (§. CCCXLVI.). (*m*)

De la preuve par serment.

§. DCCLXXXI. *Si la chose contestée ne peut être prouvée autrement*, comme, par exemple, s'il manque des actes suffisants (§. DCCLXXV.), ou des témoins (§. DCCLXXVIII.), *ou* du moins *si elle ne peut l'être suffisamment*, puisque le procès ne peut se terminer autrement, & qu'il faut cependant qu'il se termine, *il faut dans le premier cas prouver la chose par le serment, & dans le second il faut suppléer au défaut de preuve suffisante.* Par la meme raison *s'il y a des présomptions contre quelqu'un, il faut les detruire par le serment, si l'on ne peut le faire autrement*, puisqu'il doit prouver la fausseté de ce qu'on présume contre lui. (*n*)

Des différentes especes de serment.

§. DCCLXXXII. Le *serment assertoire*, est celui que l'on prête touchant la vérité d'un discours, par lequel on affirme, ou l'on nie quelque chose; le serment *supplétoire* est celui, par lequel on supplée au défaut de preuve suffisante, en sorte que *le serment supplètoire rend complette une demi-preuve* (§. DCCLXXVIII.). On appelle *serment purgatoire* celui, par lequel quelqu'un détruit les présomptions qu'il y a contre lui, car on dit qu'on *se purge*, quand on lève le soupçon qu'on avoit formé contre nous. On appelle *serment décisoire*, celui qu'on prete pour décider un procès, par conséquent, *le serment décisoire met fin au procès.* On le distingue en *volontaire*, & *nécessaire*; le premier a lieu, lorsque les parties conviennent entr'elles de décider leur différent par le serment; & le second, lorsque, les autres preuves manquant, le fait d'où dépend la décision du différent ne peut se prouver que par le serment, ou lorsqu'il faut suppléer au défaut de preuve suffisante. Enfin le *serment promissoire* est celui, par lequel on promet quelque chose en jurant, ou qui contient une promesse. (*o*)

§. DCCLXXXIII.

galement sage & prudente: avec tout cela cependant, les Interprêtes du Droit Romain sont aussi peu d'accord sur ce sujet que sur bien d'autres; ceux qui pourroient être curieux de voir leurs raisonnements, n'ont qu'à consulter BARTH & BALDUS *in l.* 3. *C. de reb. cred.* MASCARD. *de prob. Vol.* 2. *concl.* 952. FABER *in Cod* CUJAC. 22. *obs.* 28. DUAR *in prior. comm de jurej. cap.* 6. & *in poster.* BERLICH. *part.* 1. *concl* 29. & les Auteurs qui y sont cités.

§. DCCLXXXII. (*o*) L'Auteur donne dans ce paragraphe des idées nettes des différents serments en usage aux Tribunaux: ordinairement les Jurisconsultes n'en parlent pas avec précision, confondant souvent les différents actes, par lesquels on distingue les serments. Par exemple, en stile de droit on nomme *serment volontaire*, celui que les parties conviennent entr'elles que l'une d'elles fera; & ce serment s'appelle aussi *juramentum conventionale:* c'est ce serment dont GAJUS parle *in l.* 1. *ff. de jurej.* lorsqu'il dit, *quæ vel ex pactione in forum litigatorum*, & le Jurisconsulte PAUL *in l.* 17. *ff. eod* on appelle *serment judiciaire*, celui que le Juge défere à l'une des parties: on le nomme *judiciaire*, dit Mr. FERRIERES, parce qu'il se prête par autorité de Justice. Par rapport au serment judiciaire, il faut distinguer cinq cas: 1. celui dans lequel chacune des parties offre, de confirmer ce qu'elle avance par serment. 2. Celui dans lequel l'une des parties défere le serment à l'autre. 3. Celui dans lequel elles se déferent mutuellement le serment, sans offre d'en faire un. 4. Celui dans lequel l'une des parties, ou bien l'une & l'autre des parties déferent le serment, & offrent de le faire en cas que le serment déféré ne soit pas accepté. 5 Celui dans lequel le Juge défere le serment d'office. Le *serment* qui a lieu dans ces cinq cas, se nomme *serment supplétoire*, & aussi *necessaire*. Peut-être ne se dit-ce proprement que le serment ordonné d'office par

De la délation du serment. §. DCCLXXXIII. On dit qu'on *défere le serment* à quelqu'un, lorsqu'on déclare suffisamment qu'on veut qu'il jure. C'est pourquoi *si les autres preuves manquent, ou que ce qu'il falloit prouver, n'ait pas été prouvé complettement, l'arbitre peut déférer le serment* (§. DCCLXXXI.); par conséquent *le serment déféré par un arbitre aux parties, en particulier le serment supplétoire est un serment nécessaire.* Par la même raison *une partie peut aussi déférer le serment à l'autre partie en présence de l'arbitre avec son approbation* cependant, puisque toute la connoissance de l'affaire lui appartient (§. DCCLXX.); & même encore par cette raison, *le demandeur peut le déférer au défendeur au sujet des choses qu'il nie, & le defendeur au demandeur, au sujet des exceptions qu'il propose lui-même;* puisque personne ne peut être témoin dans sa propre cause (§. DCCLXXIX.), ni par consequent prouver par serment ce que l'autre partie nie. Comme cependant il ne faut pas recourir au serment, si l'on a d'autres preuves en main (§. DCCLXXXI.), *si l'une des parties défere le serment à l'autre en présence de l'arbitre, & que celle-ci veuille prouver autrement que par le serment, ce qu'il s'agit de prouver, elle doit être admise à donner ses preuves, au défaut desquelles cependant il faut encore prêter le serment* (ibid.). (*p*)

De la rélation & récusation du serment. §. DCCLXXXIV. On dit que quelqu'un *refere* ou renvoye *le serment*, lorsque ne voulant pas accepter le serment qu'on lui défere, il déclare suffisamment, qu'il aime mieux que l'autre partie confirme ce qu'elle dit par serment. *Recuser* ou refuser *le serment*, c'est déclarer suffisamment qu'on ne veut pas jurer, ou qu'on ne veut pas accepter le serment déféré, ou référé. Comme de ce que quelqu'un ne veut pas jurer, il ne s'ensuit pas encore qu'il veuille que l'autre jure, *celui qui recuse le serment n'est pas censé pour cela le référer à celui qui le défere.* Comme les parties doivent s'en tenir à ce que l'arbitre trouve bon (§. DCCLXX.), *on ne peut recuser ni référer à la partie adverse le serment déféré par l'arbitre.* Mais *si une partie défere le serment à l'autre*, comme il est libre à celle, à qui le serment a été déféré, de jurer elle-même, ou de préférer que l'autre jure (§. LXXVIII.), s'il n'y a point d'obligation contractée qui restreigne la liberté naturelle, *le serment peut être référé*, & puisque celui qui l'a déféré a voulu, que le différent fut décidé par le serment, & qu'il ne doit pas vouloir qu'on prenne Dieu à témoin en vain (§. CCCLX. CCCLXI.), *le serment référé ne peut être recusé.* Puisqu'encore celui qui accepte le serment le promet tacitement, & par conséquent s'oblige à jurer (§. CCCLXXX.), *le serment déféré ne peut être recusé s'il a été accepté.* Au reste les serments supplétoire, & purgatoire sont tels par eux-mêmes, qu'ils ne peuvent être ni recusés ni référés (§. DCCLXXXII.).

De celui qui ne veut pas jurer, quand il doit le faire. §. DCCLXXXV. Puisque celui qui est obligé de jurer, & qui ne veut pas le faire

les Juges, qu'il conviendroit de nommer nécessaire, pour le distinguer de tout autre. Notre Auteur explique dans les §§. DCCLXXIII. & DCCLXXXIV. ce qu'il faut entendre par déférer le serment.

§. DCCLXXXIII. (*p*) Sur la fin de ce paragraphe l'Auteur suppose avoir démontré dans le §. DCCLXXXI. qu'il n'en faut pas venir au serment lorsque l'on peut démontrer d'ailleurs, ce qui a été avancé: mais si l'on y regarde de près, cette proposition, quoique vraie, n'y a point été prouvée. Dans le §. DCCLXXXI. il enseigne, que lorsque les moyens de prouver manquent, il faut se servir du serment, pour suppléer à ce défaut; or cette proposition n'emporte point, que l'on ne doit point se servir du serment lorsqu'on a d'autres moyens de preuve.

§. DCCLXXXV. (*q*) Ce que l'Auteur avance dans ce paragraphe, est trop positif & trop universel : on voit des personnes si scrupuleuses sur l'article du serment, qu'elles aimeroient mieux payer une dette non-due, que de faire un serment.

L'Au-

faire déclare suffisamment, qu'il ne peut jurer sans blesser sa conscience, *on tient pour vrai contre celui qui ne jure pas, ce pour quoi il devoit jurer.* C'est pourquoi, *si on recuse le serment accepté, ou déféré par l'arbitre, on tient pour vrai contre le recusant ce pour quoi il falloit jurer.* (q)

§. DCCLXXXVI. On dit qu'on *remet le serment*, ou qu'on tient quitte du serment, quand le serment ayant été accepté par l'une des parties, l'autre declare qu'elle ne veut pas qu'on le prête en effet, mais qu'elle le tient pour prêté. C'est pourquoi *on tient pour vrai, contre celui qui remet le serment, ce pour quoi il falloit jurer* (§. CCCXVIII.). Puisque c'est uniquement à *celui contre qui l'on jure*, qu'il importe qu'on jure actuellement, ou non (§. DCCLXXXI. CCCCXV.), il dépend aussi uniquement de sa volonté qu'on jure ou non (§. LXXVIII.), c'est pourquoi il *peut remettre soit le serment déféré par l'arbitre, soit celui qu'il a déféré ou référé, lorsqu'il voit l'autre partie prête à jurer.* *De la remission du serment.*

§. DCCLXXXVII. On appelle *combat* un acte, dans lequel deux personnes s'attaquent l'une l'autre par la force. Quand l'une attaque les choses de l'autre, c'est seulement une cause de combat, entant que celui qui défend sa chose employe la force pour resister. Le combat, au sujet duquel deux personnes conviennent, que la chose contestée se décidera par la victoire, ou que le procès sera terminé par le combat, s'appelle un *duel.* Comme chacun est obligé de défendre son corps, & de conserver tous ses membres entiers (§. CXII.), & qu'il doit éloigner de soi tout danger de sa vie & de mutilation de ses membres (§. XLIII.), & qu'il est dans la même obligation par rapport aux autres (§. CXLI.), *tout duel est naturellement illicite*, par conséquent *personne n'a le droit de contraindre un autre par la force à se battre en duel, & personne ne doit appeller un autre en duel, ni l'accepter lorsqu'il est appellé.* Mais *si quelqu'un attaque un autre par la force*, puisque chacun a naturellement le droit de se défendre (§. XC.), *lorsque celui-ci se défend, ce n'est pas un duel.* (r) *Du duel.*

§. DCCLXXXVIII. On dit que celui qui force un autre à se désister du combat est *vainqueur*, & que celui qui s'en desiste est *vaincu.* D'où il suit, qu'*on est vaincu quand on est tué, ou blessé de façon qu'on ne peut ou qu'on ne veut plus combattre, ou lorsqu'on prend la fuite, ou aussi lorsqu'on déclare suffisamment, soit en rendant les armes, soit en termes exprès qu'on ne veut plus combattre.* *Qui est le vainqueur dans un combat.*

§. DCCLXXXIX. Comme de ce que vous avez vaincu un autre dans un combat, il ne paroit point que la cause du vainqueur soit juste (§. DCCLXXXVIII.), *le duel n'est pas un moyen convenable de décider un different* (§. DCCLXV.). Pareillement puisqu'on ne peut defendre sa réputation, qu'en montrant que ce qu'on dit contre elle est faux (§. CXXVI.), *le duel n'est pas* non plus *un moyen convenable de* *S'il est permis de décider un procès, ou de défendre sa réputation par un duel.*

L'Auteur auroit donc dû (ce me semble) énoncer ainsi sa proposition. Celui qui se trouve dans le cas de devoir faire un serment & refuse de le faire, *est consideré*, comme s'il ne le pouvoit en bonne conscience. Les Juges, ne pouvant juger des motifs, qui empêchent quelqu'un de prêter le serment, qui lui est déféré, sont à la vérité obligés de prononcer, comme s'il ne le pouvoit faire en bonne conscience; mais ils ne doivent pas admettre ce motif, comme étant averé par son refus.

§. DCCLXXXVII. (r) Il y a une raison plus naturelle, pour laquelle les duels ne doivent pas être employés pour vuider des différents: c'est que l'évenement du duel décide uniquement, qui des combattants a été le plus allerte, le plus fort, ou le plus agile; & non pas de quel côté a été la vérité. L'Auteur en fait la remarque au paragraphe DCCLXXXIX.

§. DCCXCII.

de défendre la réputation (§. DCCLXXXVII.). Et puisqu'il est naturellement illicite (ibid.), *il n'est pas* non plus *permis de convenir, que le différent sera décidé par la victoire dans le duel*, comme par une espèce de sort (§. DCLXIX.), *ou que le duel, soit que vous soyez vainqueur, ou que vous soyez vaincu, lavera la tache faite à votre réputation.*

Si l'on a le droit de guerre dans une cause douteuse. §. DCCXC. Comme il n'est pas permis de poursuivre un droit par la force contre quelqu'un, avant que d'être sûr que ce droit nous appartient (§. LXXXVIII. LXXXIX.), *personne n'a le droit de guerre dans une cause douteuse*, par conséquent *il n'est point permis de faire la guerre à un autre, pour extorquer par la force des armes ce que vous prétendez.* C'est pourquoi, puisque dans une cause douteuse il faut terminer le procès, ou par un accommodement à l'amiable (§ DCCLXIII.), ou par une transaction (§. DCCLXIV.), en employant, si on le trouve bon, des médiateurs (§. DCCLXVIII.), ou par des arbitres (§. DCCLXX.), ou enfin par le sort (§. DCLXX.), il s'ensuit que *dans une cause douteuse, il faut ou tenir des conférences, pour faire un accommodement à l'amiable, ou une transaction, soit en employant des médiateurs, soit sans eux, ou faire un compromis pour s'en remettre à un arbitre, ou remettre au sort la décision du différent.* Comme cependant on ne peut ôter un droit à personne malgré lui (§. C.), quoiqu'il soit encore douteux, puisqu'il est à craindre qu'on ne le lui ôte, tant qu'il est incertain à laquelle des deux parties plaidantes il appartient véritablement; *si quelqu'un, dans une cause douteuse, ne veut pas accepter une conférence, pour faire un accommodement à l'amiable, ou pour transiger, ni remettre la décision à un arbitre, beaucoup moins au sort, celui qui offre a droit de le contraindre à une transaction*, par conséquent, *de faire la guerre pour faire faire une transaction* (§. XCVIII.). Il paroit de même que, *si quelqu'un ne veut pas accepter des conditions raisonnables, offertes dans une conférence, ou par des médiateurs, l'autre a droit de guerre contre lui, pour le contraindre par la force à une transaction.* Et puisque les hommes ne doivent pas, sans une obligation pressante, courir risque de perdre la vie, ou quelqu'un de leurs membres, ou de rendre leur situation plus imparfaite (§. CXXXI.), & que ce n'est pas la nature qui donne lieu à la guerre, mais la malice des hommes, qui ne veulent pas remplir ce à quoi ils sont obligés (§. XCIX.), *dans une cause douteuse, les deux parties sont obligées de chercher des conditions raisonnables pour éviter la guerre.*

Si l'on a droit de guerre pour avoir la possession. §. DCCXCI. Puisqu'un possesseur ne peut être chassé de sa possession, avant que l'autre partie ait prouvé son droit (§. CCLXXXVIII.), *dans une cause douteuse, personne n'a le droit de contraindre un autre à quitter la possession*, par conséquent, *si la chose contestée est possédée par l'une des parties, il n'est pas permis à l'autre de s'emparer de la possession par la guerre* (§. XCVIII.), par conséquent *celui qui demande est encore plus obligé que celui qui possede, de chercher des conditions pour éviter la guerre.*

De l'engagement forcé. §. DCCXCII. Comme naturellement chacun a droit sur les biens de son débiteur, pour s'en payer, si on ne le satisfait pas dans le temps fixé (§. DCCV.), *si celui qui retient votre chose ne veut pas la restituer, ou ne veut pas payer ce qu'il doit, il*

§. DCCXCII. (*s*) J'ai déjà fait voir que je ne goûtois point l'hypothèque naturelle, que notre Auteur attribue à chacun des créanciers sur les biens de son débiteur. Il me semble, qu'il seroit plus naturel de raisonner ainsi sur le cas dont il s'agit ici. Un créancier a droit de s'assurer contre un mauvais débiteur, par tous les moyens qui peuvent tendre à ce but; il peut donc aussi se saisir

il vous eſt permis naturellement de lui ôter une autre choſe, pour ne la lui rendre qu'après que vous aurez reçu la vôtre, ou ce qui vous eſt dû. Puiſque c'eſt en cela que conſiſte la *priſe de gage* *, *elle eſt naturellement licite*, & il faut obſerver à ce ſujet, ce que nous avons démontré au ſujet du gage (§. DCXCVII. & ſuiv.). Il paroit au reſte, que *la priſe de gage eſt un engagement forcé.* (*s*)

* pignoris capio.

§. DCCXCIII. Puiſqu'il n'eſt pas permis d'enlever un droit à perſonne malgré lui (§. C.), perſonne auſſi n'eſt obligé de ſouffrir qu'on le lui enleve (§. LXXXIX.); *ſi quelqu'un ne veut pas vous rendre votre choſe qu'il a entre les mains, ou vous payer ce qu'il vous doit, vous pouvez à la place de votre choſe, ou de ce qui vous eſt dû, lui prendre une autre choſe qui ſoit à lui, de la même valeur.* Comme cependant vous ne devez pas devenir plus riche de la choſe d'autrui (§. CCLXXI.), *vous devez rendre à celui qui retient votre choſe, ou à votre débiteur le ſurplus de la valeur.* Il paroit au reſte évidemment, que *s'il veut vous rendre d'abord ce qui eſt à vous, ou vous payer ce qu'il vous doit*, puiſqu'alors la raiſon de prendre votre dû, ſur une autre choſe qui lui appartient, ceſſe, *il faut reſtituer la choſe que vous lui avez ôtée.* Quand nous ôtons une choſe à quelqu'un à la place de la nôtre, ou de ce qui nous eſt dû, lorſque nous ne pouvons pas l'obtenir de celui qui l'a entre les mains, ou du débiteur, cela s'appelle *explétion de droit.* Donc *l'explétion de droit eſt naturellement licite.* Il paroit au reſte, que *l'explétion de droit n'eſt parfaite que lorſqu'il conſte, que celui qui retient votre choſe ne veut pas la reſtituer, ou que votre débiteur ne veut pas payer ſa dette, pour recouvrer ſa choſe*; par conſéquent, *dans les cas douteux il faut donner quelque temps pour délibérer.* Mais comme il faut que vous puiſſiez diſpoſer à votre gré de la choſe, enlevée pour raiſon d'explétion de droit, pourvu qu'il ne ſe commette rien qui ſoit contre le droit du détenteur, ou du débiteur (§. LXXXVI.), puiſque c'eſt de cette choſe que vous devez vous payer; *lorſque l'explétion de droit eſt parfaite, vous acquerez le domaine de la choſe enlevée pour cela* (§. CXCV.), ſans quoi l'explétion de droit ſeroit abſolument inutile.

De l'explétion de droit.

ſaiſir à cette fin des biens de ſon débiteur, autant qu'il le faut pour la ſûreté de ſa créance. A bien conſidérer la regle avancée par notre Auteur, elle repugne, ce me ſemble, au droit même qu'il en déduit; car ſi les biens d'un débiteur ſont naturellement engagés à chacun de ſes créanciers, l'un de ceux-ci ne peut s'en ſaiſir, attendu que par là il nuiroit au droit des autres créanciers.



CHAPITRE XIX.

De l'Interprétation. (†)

Interprétation ce que c'est. §. DCCXCIV. *Interpréter*, c'est conclure d'une certaine manière, que quelqu'un a voulu indiquer certaine chose par ses paroles ou par d'autres signes. C'est pourquoi l'*interprétation* est la recherche de la pensée, indiquée par les paroles & par d'autres signes. (*t*)

Pourquoi il est besoin d'interprétation. §. DCCXCV. *Si tous les mots avoient un sens fixe & déterminé*, c'est-à-dire, si on les prenoit toujours dans le même sens, & qu'ils ne signifiassent pas tantôt plus, tantôt moins, *& si ceux qui parlent exprimoient suffisamment leur pensée par leur moyen, il ne seroit point besoin d'interprétation, mais le contraire ayant lieu, on a besoin d'interprétation.*

Si le promettant peut interpréter ses propres paroles, ou si c'est au promissaire à le faire. §. DCCXCVI. Puisque le droit acquis par une promesse (§. CCCLXXIX.), ne peut point être ôté au promissaire (§. C.), mais qu'on doit au contraire tenir pour vrai contre le promettant, tout ce qu'il a indiqué suffisamment (§. CCCXVIII.), *dans les promesses*, & par conséquent *dans les conventions*, *personne ne peut être l'interprête de ses propres paroles*; & puisqu'on ne peut acquérir par l'acceptation plus de droit, que le transférant n'en a voulu transférer (§. CCCXVII.), *il n'est pas permis non plus au promissaire, d'interpréter les paroles du promettant, dans le sens qu'il voudroit qu'on leur donnât.* (*u*)

De l'interprétation juste. §. DCCXCVII. On appelle *interprétation juste*, celle qui se fait selon des regles d'interprétation démontrées, que par conséquent le promettant & le promissaire sont obligés d'admettre. C'est pourquoi *on doit tenir pour vrai contre le promettant, ce qu'indique une interprétation juste*, par conséquent *le promissaire a droit de contraindre à cela le promettant* (§. CCCLXXVIII.).

Jusqu'à quel point il faut s'attacher à la signification propre. §. DCCXCVIII. Comme *les contractants* sont obligés de parler pour s'entendre réciproquement (§. CCCCXXXVII. CCCCXXXVIII.), ils *doivent* aussi *employer les termes dans un sens conforme à l'usage*, c'est-à-dire, *dans leur sens propre*, *& les entendre selon la signification reçue*: par conséquent, *ils ne doivent pas, le sachant & le voulant, s'écarter du sens propre, & reçu des mots*, & par conséquent encore, *ils ne sont pas pré-*

su-

(†) Chap. XIX. Dans le Chapitre précedent notre Auteur a traité des moyens, par lesquels on peut terminer les différents: il y a indiqué entre autres ceux, par lesquels on peut prouver de quel côté est la vérité. Celui-ci est destiné à nous donner les principes qui doivent nous guider, pour nous empêcher de nous tromper sur les moyens, employés pour exprimer la vérité; car de quelque manière que l'on considere les preuves judiciaires, employées pour constater un fait, elles reviennent toujours, par rapport à leur effet, à un exposé sûr & certain de ce qui est exprimé par des paroles, ou par des signes équivalents à des paroles. Que quelqu'un dise avoir fait un achat à telles & telles conditions; qu'il produise des témoins, & que ses témoins soient ouïs: pour être convaincu de la vérité de ce qu'ils attestent, il faut qu'on soit sûr qu'on entend ce qu'ils disent, & qu'on ne s'y trompe pas. Qu'on allegue un contract; pour juger si ce qu'on avance est prouvé par le contract, il faudra qu'on soit sûr de le bien entendre: il en est ainsi de tous les actes, par lesquels les hommes expriment leurs pensées; & par là on voit combien la matière, qui fait l'objet de ce chapitre, est intéressante. Plusieurs Auteurs l'ont traitée: je n'en connois aucun qui l'ait fait avec tant d'ordre, tant de précision, & tant de clarté que notre Philosophe.

§. DCCXCIV.

fumés s'en être écartés, tant qu'il n'y a point de raiſons du contraire. Mais comme il eſt certain, que l'uſage varie dans les langues par la ſuite du temps, *les conventions & les promeſſes doivent s'interpréter, ſelon l'uſage du temps dans lequel elles ont été faites.* (*x*)

§. DCCXCIX. L'*étymologie* eſt l'explication de l'origine des mots. Ainſi *l'étymologiſte cherche la raiſon, pour laquelle les mots primitifs ont été employés, à déſigner originairement telle ou telle choſe; de quels mots viennent les dérivés; de quels les compoſés ſont compoſés; & quel eſt le ſens en vertu de la dérivation & de la compoſition.* Le ſens qu'on tire de l'étymologie s'appelle le *ſens étymologique*, ou *grammatical*; puiſqu'il eſt certain, qu'on n'y fait point attention dans l'uſage du diſcours ordinaire, *il ne faut point, dans les conventions & dans les promeſſes, s'arrêter au ſens étymologique.* Les mots en effet ne tiennent leur ſignification que de la volonté des hommes, c'eſt pourquoi on s'informe ſeulement de ce qu'ils veulent qu'ils ſignifient. (*y*) *Du ſens étymologique.*

§. DCCC. Puiſque les contractants ſont obligés de parler pour s'entendre réciproquement (§. CCCCXXXVII. CCCCXXXVIII.), *il ne faut point admettre les reſervations mentales dans les conventions & dans les promeſſes* (§. CCCLV.); en effet en les admettant on pourroit éluder toutes les promeſſes. (*z*) *Des reſervations mentales.*

§. DCCCI. Puiſque c'eſt par l'intention du promiſſaire qu'on peut ſavoir ce qu'il a voulu qu'on lui promit, *ſi l'on voit clairement quel eſt le ſens des mots qui convient à l'intention du promiſſaire, il n'eſt pas permis de les détourner dans un autre ſens, diamétralement contraire à cette intention*, ainſi on ne peut pas enterrer vifs des gens, qui ont ſtipulé, en rendant une ville, qu'on ne verſeroit point de ſang. (*a*) *Qu'il faut éviter les cavillations.*

§. DCCCII. Comme *les termes tecniques*, ou termes d'art ont le ſens que leur donnent les gens inſtruits dans l'art, ils *doivent être pris dans le ſens reçus parmi les gens de l'art, à moins qu'il n'y ait des raiſons preſſantes du contraire* (§. DCCXCVIII.). *Si les mots marquent des choſes ſuſceptibles de différents dégrés*, quoique les choſes ſe définiſſent ſelon ce qu'elles ſont dans le dégré le plus parfait, comme cependant on ne s'en ſert pas toujours dans un ſens ſi rigoureux, *il ne faut pas toujours s'attacher à la rigueur à leur définition; mais il faut en donner une définition conforme au diſcours, dont le mot, qu'on doit expliquer, fait partie.* Par exemple, ſi l'on dit qu'il faut s'en tenir au jugement d'un Médecin ou d'un Philoſophe, il ne faut pas trop preſſer la force de ces noms. (*b*) *Des termes tecniques.*

§. DCCCIII.

§. DCCXCIV. (*t*) La définition que notre Auteur donne de l'interprétation, revient dans le fonds à celle que nous trouvons dans GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix, L.* II. *Ch.* XVI. §. 5. n. 1.

§. DCCXCVI. (*u*) Ce que notre Auteur enſeigne dans ce paragraphe, fait voir qu'il n'eſt pas univerſellement vrai, que chacun eſt l'interprête naturel de ſes propres paroles. Voyez VATTEL *Droit des Gens, L.* II. *Ch.* XVII. §. 265.

§. DCCXCVIII. (*x*) Voyez GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix, L.* II. *Ch.* II. §. 2. & BARBEIRAC dans les notes à ce paragraphe. VATTEL *Droit des Gens, L.* II. *Ch.* XVII. §. 272.

§. DCCXCIX. (*y*) Voyez PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens, L.* V. *Ch.* XII. §. 3. *l.* 3. *ff.* §. 5. *de Supell. legat.*

§. DCCC. (*z*) Voyez GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix, L.* II. *Ch.* XVI. §. 2.

§. DCCCI. (*a*) Voyez GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix, L.* II. *Ch.* XVI. §. 5. VATTEL *Droit des Gens, L.* II. *Ch.* XVII. §. 273. & 274.

§. DCCCII. (*b*) Voyez GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix, L.* II. *Ch.* XVI. §. 3. PUFENDORF *de Off. Hom. & Civ. L.* I. *C.* XVII. §. 3. *Droit de la Nature & des Gens, L.* V. *Ch.* XII. §. 4 VATTEL *Droit des Gens, L.* II. *Chap.* XVII. §. 276.

De l'homonymie & de l'amphibolie. §. DCCCIII. *Si l'obscurité nait de l'homonymie ou de l'amphybolie*, puisqu'alors le mot, ou la réunion de plusieurs mots a plusieurs significations, & que celui qui a parlé, est censé avoir eu dans l'esprit le sens, qui pouvoit se présenter à lui naturellement, *le sens qui convient au sujet, dont il s'agit, doit être préféré aux autres.* Si, par exemple, on a fait une trève de trente jours, le jour comprend aussi la nuit. (*c*)

Du soin d'éviter un sens absurde. §. DCCCIV. Comme personne n'est présumé vouloir une chose absurde, *il faut rejetter une interprétation d'où suit une absurdité.* Ainsi une défense de verser du sang dans la place, ne peut s'etendre à un Chirurgien qui y fait une saignée; par conséquent *il faut interpréter les mots de façon qu'on évite les absurdités.* Et comme il est absurde, que celui qui a contracté ou promis n'ait rien voulu faire, *il ne faut pas admettre une interprétation d'où il suivroit qu'on n'a rien fait.* Par exemple, si un mari accorde une certaine portion de ses biens à sa femme dans le contract de mariage, ce qu'il lui légue par son testament ne peut être compris dans cette portion. (*d*)

De l'interprétation par ce qui précede, & par ce qui suit. §. DCCCV. Comme on est présumé, continuer à vouloir la même chose, aussi long-temps qu'il ne paroit pas qu'on ait changé de volonté; *si une chose dite obscurément a été dite clairement, dans ce qui précede ou dans ce qui suit, ou dans un autre endroit, & dans une autre occasion, la chose dite obscurément doit s'interpréter de manière, qu'elle s'accorde avec le sens des mots clairs.* Et comme ceux qui aiment à parler briévement, rapportent leurs mots à ce qui précede ou à ce qui suit, *l'interprétation doit se faire de manière, que ce qui suit s'accorde avec ce qui précede, à moins qu'il ne paroisse évidemment, que ce qui précede à été changé par ce qui suit.* (*e*)

De l'interprétation par les motifs. §. DCCCVI. Il est certain que la volonté est déterminée par les motifs, qui sont une raison suffisante de volition. *Si* donc *on sait quelle est la raison* unique, qui a déterminé la volonté de quelqu'un, ou *pourquoi quelqu'un a voulu telle chose, il faut interpréter les mots de façon, qu'ils s'accordent avec cette raison*, par conséquent, *si plusieurs raisons conjointement constituent le motif, il faut que l'interprétation s'accorde avec ces raisons conjointement, si c'est séparément il faut qu'elle s'accorde avec chaque raison séparément.* On peut appliquer cela au cas d'un malade, qui seroit resté dans un vaisseau, si en vertu de quelque loi, le vaisseau & les choses devoient être à celui qui y resteroit. (*f*)

Des mots employés rélativement à quelque chose. §. DCCCVII. Il est assez clair par soi-même que, *si un mot, ou plusieurs mots sont employés rélativement à quelque chose, il faut changer le sens qu'ils auroient, en les* pre-

§. DCCCIII. (*c*) Voyez GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix, L.* II. *Ch.* XVI. *§.* 5. *&* 6. PUFENDORF *de Off. Hom. & Civ. L.* I. *C.* XVII. *§.* 5. *Droit de la Nat. & des Gens, L.* V *Ch* XII. *§.* 7. VATTEL *Droit des Gens, L.* II. *Ch.* XVII. *§.* 277. 278. 279. 280. 281. *Quotiens idem sermo duas sententias exprimit: ea potissimum excipiatur, quæ rei gerandæ aptior est*, dit JULIEN *l.* 67. *ff. de reg. jur.* ULPIEN s'exprime à peu-près de même, *l.* 80. *ff. de verb. oblig.*

§. DCCCIV. (*d*) Voyez PUFENDORF *de Off. Hom. & Civ. L.* I. *C.* XVII. *§.* 6. *Droit de la Nature & des Gens, L.* V. *Ch.* XII. *§.* 8. GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix, L.* II. *Ch.* XVI. *§.* 20. VATTEL *Droit des Gens, L.* II. *Chap.* XVII. *§.* 282. *&* 283.

§. DCCCV. (*e*) Voyez PUFENDORF *de Off. Hom & Civ. L.* I. *C.* XVII. *§.* 7. *Droit de la Nature & des Gens, L.* V. *Ch.* XII. *§.* 9. GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix, L.* II. *Ch.* XVI. *§.* 7. VATTEL *Droit des Gens, L.* II. *Chap.* XVII. *§.* 284. *& suiv.*

§. DCCCVI. (*f*) Voyez PUFENDORF *de Offic. Hom. & Civ. L.* I. *C.* XVII. *§.* 8. *Droit de la Nature & des Gens, L.* V. *Ch.* XII. *§.* 10. GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix, L.* II. *Ch* XVI. *§.* 8. VATTEL *Droit des Gens, L.* II. *Chap.* XVII. *§.* 287. *& suiv.* PUFENDORF n'applique la regle, dont

prenant ſimplement, de façon qu'il s'accorde avec cette rélation. Ainſi celui qui a poſſédé une choſe deux mois, eſt cenſé l'avoir poſſédée la plus grande partie de l'année, ſi la partie adverſe l'a poſſédée moins de jours, ou point du tout. (*g*)

§. DCCCVIII. *Si dans une convention il y a des expreſſions qui regardent l'utilité commune, & qui pourvoyent également au bien des deux parties*, comme rien n'empêche qu'on ne prenne les mots dans le ſens qu'ils peuvent avoir, & qu'il n'y a aucune raiſon de le reſtreindre, *il faut les prendre ſuivant toute la propriété de l'uſage populaire, ou s'il y a pluſieurs ſens, il faut les prendre ſuivant le plus étendu, à moins qu'il n'en reſulte quelque abſurdité, ou l'inutilité de la convention* (§. DCCCIII.). On dit qu'on donne aux mots un *ſens étendu*, quand on fait ſignifier plus de choſes aux mots, qui peuvent en ſignifier moins, & qui quelquefois ont accoutumé d'en ſignifier moins: comme, par exemple, ſi celui qui parle des mâles y renferme auſſi les femelles, ou quand l'eſpèce & le genre ont le même nom, ou que, ſelon le ſujet dont il s'agit, quelque expreſſion complexe s'étend à plus de choſes. (*h*) *De l'interprétation dans un ſens étendu.*

§. DCCCIX. *Si quelques expreſſions ne chargent qu'une partie, ou la chargent plus que l'autre*, comme perſonne n'eſt preſumé vouloir ſe charger trop, *dans un cas douteux, les mots doivent être pris dans un ſens reſtreint, l'on admet même un ſens un peu figuré, pour éviter une trop grande charge.* Ainſi les ſecours promis par une des parties plus puiſſante, ſont cenſés promis aux frais de celui à qui on les promet. Pareillement comme la peine, attachée à une promeſſe, eſt une charge (§. CCCCIX. CCCCX.), *les mots, qui expriment une peine, doivent être pris dans un ſens reſtreint*, c'eſt-à-dire, qu'*on doit admettre une excuſe légitime, qui libère de la peine, & toute faute ne doit pas être regardée comme puniſſable.* On dit que les mots ſont pris dans un *ſens reſtreint*, ſi on leur fait ſignifier moins, quoiqu'ils puiſſent ſignifier plus. (*i*) *De l'interprétation dans un ſens reſtreint.*

§. DCCCX. Comme il s'agit dans l'interprétation, de montrer ce qu'a voulu dire par les mots celui qui a parlé (§. DCCXCIV.), & par conſéquent ce à quoi il penſoit lorsqu'il a parlé, *l'interprétation doit être conforme à ce à quoi on a vraiſemblablement penſé, & ne pas y être contraire.* Tel eſt le cas où un mari riche auroit légué à une femme pauvre, plus d'argenterie qu'il n'y en a dans ſes coffres. Comme cependant nous n'avons pas toujours préſentes à l'eſprit, toutes les circonſtances qui peuvent ſe préſenter ſur une affaire, enſorte que celui qui parle puiſſe y avoir égard en exprimant ſa penſée, *l'interprétation doit être telle que la donneroit celui qui a parlé, s'il avoit été préſent, ou qu'il eut ſçu ce qui eſt connu à préſent.* *Régles générales d'interprétation.*

dont il parle dans les endroits que je cite ici, qu'à la manière d'interprêter la loi, par les motifs qui y ont porté le Législateur: cependant il eſt viſible que la regle eſt d'une application générale.

§. DCCCVII. (*g*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *L.* II. *Ch.* XVII. §. 280.

§. DCCCVIII. (*h*) Voyez PUFENDORF *de Off. Hom. & Civ. L.* I. *C.* XVII. §. 9. *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* V. *Ch.* XII. §. 11-13. VATTEL *Droit des Gens*, *L.* II. *Ch.* XVII. §. 301. Qu'on faſſe attention, que notre Auteur ſuit ici de tout autres principes, & des principes plus naturels que ne le font GROTIUS & PUFENDORF, pour marquer les cas, dans lesquels il faut uſer d'une interprétation extenſive ou reſtreinte. Ces deux Auteurs ont pris pour baſe la diſtinction entre ce qui eſt favorable & odieux: mais de judicieux Ecrivains ont fait ſentir le peu de ſolidité de cette diſtinction; auſſi s'en abſtient-on actuellement. Voyez la remarque de Mr. TREUER à l'endroit cité de PUFENDORF *de Off. Hom. & Civ.*

§. DCCCIX. (*i*) Voyez PUFENDORF *de Offic. Hom. & Civ. L.* I. *C.* XVII. §. 9. *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* V. *Ch.* XII. §. 11-13. GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* XVI. §. 12. *n.* 6. VATTEL *Droit des Gens*, *L.* II. *Ch.* XVII. §. 303.

sent. Ainsi le Préteur en confirmant un tuteur, a égard à l'utilité du pupille, & non aux termes du testament. (*k*)

De l'interprétation extensive. §. DCCCXI. On appelle *interprétation extensive*, celle par laquelle, à cause de l'identité de raison de volition ou de nolition, la pensée de celui qui a parlé, est étendue à des cas, qui ne sont point du tout compris dans les mots, qui renferment la promesse ou la convention, en les prenant selon toute leur propriété. Puisqu'en posant une raison suffisante de volition ou de nolition, on pose aussi la volition, ou la nolition même, il ne faut pas douter, que, si celui qui a parlé, eut pensé aux cas qui sont survenus, il n'y eut étendu aussi ses expressions, par conséquent *l'interprétation extensive doit être admise* (§. DCCCX.). (*l*)

De la fraude faite à la loi, ou à la convention. §. DCCCXII. On dit qu'on *fait une fraude à la loi*, ou *à la convention*, ou qu'on les élude, lorsqu'on fait quelque chose, qui à la vérité n'est pas contraire aux termes de la loi, ou de la convention, mais qui l'est à l'intention du legislateur, ou des contractants. Et l'on dit qu'une telle chose est *faite en fraude de la loi*, ou *de la convention.* Puisqu'il faut sortir de la signification des mots pour montrer, que l'on a fait telle ou telle chose en fraude de la loi, ou de la convention, & que par conséquent cela doit paroitre par la raison, pour laquelle la loi a été donnée, ou la convention faite, *l'interprétation extensive reprime la fraude qu'on vouloit faire à la loi, ou à la convention.* (*m*)

De l'interprétation restrictive. §. DCCCXIII. *L'interprétation restrictive* est celle, par laquelle on excepte un cas, compris à la vérité sous les termes de la loi, ou de la convention, parce qu'il n'y a pas de raison suffisante, pour laquelle le législateur ou les contractants aient voulu ou n'aient pas voulu que cela se fit. Il paroit au reste, comme ci-devant (§. DCCCXI.), qu'*il faut admettre l'interprétation restrictive.* Comme l'interprétation doit se faire selon ce qui a été vraisemblablement pensé (§. DCCCX.); *s'il est peu conforme au sujet dont il s'agit, de prendre les mots dans un sens aussi étendu, que celui qu'ils semblent avoir, il faut par l'interprétation restrictive les restreindre, d'une façon conforme à ce sujet:* c'est-à-dire, lorsqu'il n'y a point des raisons suffisantes de volition ou de nolition. Et comme on ne présume pas, que personne veuille une chose absurde, & que par conséquent dans un cas, où il faudroit que quelqu'un eût voulu une chose absurde, la raison suffisante de volition cesse, *s'il suit quelque absurdité de ce que vous attribuez à celui qui a parlé l'intention, que ses paroles prises généralement indiquent, il faut les restreindre de façon qu'on évite l'absurdité.* Mais *si les choses, que la raison renferme, sont considérées, non entant qu'elles existent, mais entant qu'elles peuvent exister, lorsqu'il n'est pas sûr qu'elles ne peuvent exister, la restriction ne doit pas avoir lieu;* car il est certain, qu'elle seroit contraire à l'intention de celui qui a parlé. (*) (*n*)

§. DCCCXIV.

§. DCCCX. (*k*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *L.* II. *Ch.* XVII. §. 297.

§. DCCCXI. (*l*) La regle que l'Auteur décrit dans ce paragraphe, pour juger dans quels cas on doit user d'une interprétation extensive, doit être admise aussi pour les interprétations restreintes, ainsi que notre Auteur le fait voir au paragraphe DCCCXIII. Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *L.* II. *Ch* XVII. §. 290.

§. DCCCXII. (*m*) Voyez PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* V. *Ch.* XII. §. 7. & 10. GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* XVI. §. 5. & 15. VATTEL *Droit des Gens*, *L.* II. *Ch.* XVII. §. 291.

(*) Par exemple, s'il est défendu d'aller de nuit dans les rues avec des flambeaux, quoique la raison de cette défense fut la crainte du feu, on ne pourroit dire, pour se dispenser d'observer la loi, qu'on ira avec tant de précaution qu'il n'y aura rien à craindre, parce que la raison de la

§. DCCCXIV. Comme la raiſon ſuffiſante de la promeſſe, fait connoitre pourquoi le promettant a promis, *ſi l'état préſent des choſes n'eſt pas contenu dans la raiſon ſuffiſante de la promeſſe, les promeſſes ne renferment point cette condition tacite, que les choſes reſteront dans l'état où elles ſont, mais elles la renferment dans le cas opposé.* (*o*)

De la condition tacite que les choſes reſtent dans l'état où elles ſont.

§. DCCCXV. Puiſqu'une obligation naturelle eſt immuable (§. XXXVIII.), *s'il ſurvient un cas où il ſeroit contraire à la loi naturelle de s'en tenir aux mots, ce cas doit être excepté.* Et comme naturellement nous ne ſommes obligés à avancer les intérêts des autres, qu'autant que nous le pouvons ſans négliger nos devoirs envers nous-mêmes (§. CXXXIII. CXXXIV.), *s'il ſurvient un cas où il ſeroit trop dur de s'en tenir aux mots, pour celui que quelqu'un a voulu obliger à faire quelque choſe, ou qui s'eſt obligé envers un autre, ce cas doit être excepté.* (*p*)

Des cas exceptés tacitement.

§. DCCCXVI. Puiſque dans les conventions le promiſſaire oblige le promettant envers ſoi, à faire telle choſe (§. CCCCXXXVIII. CCCLXXX.), *les conventions entant qu'elles contiennent des promeſſes, reſſemblent aux loix* (§. XXXIX.). C'eſt pourquoi *ce que nous avons dit* (§. LXIV.), *ſur le conflict des loix, a lieu auſſi par rapport au conflict des conventions.* Au reſte comme les cas qui ſurviennent, doivent être mis au nombre des choſes, auxquelles on n'avoit pas penſé lorſqu'on faiſoit la promeſſe ou la convention; *s'il y a des raiſons particulières, par leſquelles il paroiſſe quelles exceptions auroit faites celui qui a parlé, s'il avoit penſé au cas de conflict, il faut faire ces exceptions, quand même les règles ſur le conflict des conventions ne méneroient pas à cela.* (*q*)

Des cas qu'il faut excepter.

§. DCCCXVII. Enfin puiſque le promiſſaire ne peut obliger envers ſoi le promettant, au-delà de ſa volonté (§. CCCXVII. CCCLXXIX.), & qu'on tient pour vrai contre celui-ci ce qu'il indique ſuffiſamment (§. CCCXVIII.), & puiſqu'on dit qu'on *fait une propoſition* *, quand on déclare ce qu'on veut qu'un autre promette, & qu'on *l'accepte* quand on promet cette choſe, *il faut, dans l'interprétation des conventions, faire plus d'attention aux paroles de celui qui accepte la propoſition, qu'à celles de celui qui la fait, à moins que les paroles de celui-là ne ſe rapportent à celles de celui-ci.* (*r*)

Aux paroles de qui il faut faire le plus d'attention, en interprétant les conventions.

* conditionem offerre,

la loi eſt la ſimple poſſibilité de la choſe. R. d. T.

§. DCCCXIII. (*n*) Voyez PUFENDORF *de Off. Hom. & Civ. L.* I. *C.* XVII. §. 11. *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* V. *Ch.* XII. §. 19. & 20. VATTEL *Droit des Gens*, *L.* II. *Ch.* XVII. §. 292. & *ſuiv.*

§. DCCCXIV. (*o*) Voyez GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* XVI. §. 25. *n.* 2. §. 27. *n.* 2. VATTEL *Droit des Gens*, *L.* II. *Ch.* XVII. §. 296.

§. DCCCXV. (*p*) Voyez PUFENDORF *de Offic. Hom. & Civ. L.* I. *C.* XVII. §. 12 *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* V. *Ch.* XII. §. 21. 22. & 27. VATTEL *Droit des Gens*, *L.* II. *Ch.* XVII. §. 292.

§. DCCCXVI. (*q*) Voyez GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* XVI. §. 22.

§. DCCCXVII. (*r*) Voyez GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* XVI. §. 32.



CHA-

CHAPITRE XX.

Des morts, & de ceux qui ne sont pas encore nés. (†)

Effet de la mort par rapport aux droits & aux obligations. §. DCCCXVIII. Quand *un homme* est mort, il est privé de tout pouvoir d'agir, & n'a plus besoin de rien. C'est pourquoi *aussitôt qu'il est mort il perd tous ses droits, & toutes ses obligations cessent* (§. XXXVII. XLVI.), par conséquent *il perd aussi le domaine qu'il avoit sur les choses, & tous les droits qui en dépendoient, comme aussi tout droit aux choses.*

Comment les biens d'un homme défunt sont transmis à d'autres. §. DCCCXIX. Mais comme *un homme* peut transférer à un autre le domaine de ses choses, & tout autre droit sur des choses, ou à des choses, à quelque condition qu'il lui plait (§. CCCXIV.), à moins qu'il ne fut personnel (§. CCCC.), il *peut* aussi *transférer, au cas de mort, à un autre le domaine de ses choses, ou tout autre droit qui n'est pas personnel*, par conséquent, *en mourant il le transmet à celui à qui il l'avoit transféré au cas de mort, le droit qu'il perd ne s'éteint pas pour cela, & ceux qui étoient ses débiteurs, deviennent, après sa mort, les débiteurs de cet autre.*

Du droit du créancier aux biens du débiteur. §. DCCCXX. Pareillement puisque les biens du débiteur sont naturellement engagés, pour ce qu'il doit au creancier (§. DCCV.), & que le droit du créancier est attaché à ces biens (§. DCXCVII.), droit qu'on ne peut lui ôter (§. C.), *après la mort du débiteur le droit qu'a le créancier de se payer de ses biens subsiste, contre celui à qui le domaine des choses du défunt est transmis, mais si le débiteur n'a rien laissé, la dette s'éteint.*

Du droit transmissible, & de celui qui ne l'est pas. §. DCCCXXI. J'appelle *droit transmissible*, celui qui, étant perdu par celui qui l'avoit, passe à un autre, & *non transmissible*, celui qui dans ce cas ne passe à personne. Donc *le défunt transmet à un autre par sa mort un droit transmissible:* ainsi, par exemple, un usufruit constitué à lui & à ses enfans, est transmis à ses enfans.

Des devoirs envers les morts. §. DCCCXXII. Puisque la réputation subsiste après la mort, & que la mémoire des bonnes & des mauvaises actions se conserve, *les devoirs auxquels nous sommes obligés envers les autres, par rapport à leur réputation, leur honneur & leur louange* (§. CXLII.), *subsistent encore après leur mort.* Pareillement puisque la mort d'un bienfaiteur n'efface pas la mémoire de ses bienfaits, *nous devons encore lui témoigner notre reconnoissance après sa mort, en racontant & en célébrant les bienfaits que nous en avons reçus* (§. CCCCLXXIV.), & comme encore nous pouvons faire du bien aux autres dans la personne de ceux qu'ils aiment, puisqu'ils souhaitent leur félicité aussi-bien que la leur propre, *nous devons faire du bien aux morts dans la personne de ceux qu'ils ont aimé, autant que cela est en notre pouvoir* (§. CXXXIII.), comme *dans la personne de leurs enfants, de leurs parents.*

§. DCCCXXIII.

(†) CHAP. XX. La seconde partie de ces Institutions ayant pour but, de donner une idée nette & juste de ce que l'on nomme domaine (*dominium*), ainsi que des droits & des obligations qui en resultent ; & notre Auteur ayant traité ces objets relativement aux différentes situations, dans lesquelles l'homme se trouve, durant sa vie par rapport à ces droits & à ces obliga-

§. DCCCXXIII. Puisque naturellement tous les hommes sont égaux (§. LXX.), que nous devons aussi les aimer tous comme nous-mêmes (§. CXXXVI.), & qu'il est évident par soi-même qu'ils surpassent toutes les créatures en excellence naturelle, *nous devons* aussi *regarder tous les hommes comme également hommes, comme dignes de notre amour, & comme les plus excellentes de toutes les créatures*, par conséquent, *nous devons le témoigner par des actes extérieurs*, & puisque c'est en cela que consiste *l'honneur de l'humanité*, c'est-à-dire, celui qu'on rend à l'homme entant qu'homme, *nous devons rendre à chacun l'honneur de l'humanité*, par conséquent, *aussi dans la manière dont nous éloignons les morts de dessous nos yeux.* *De l'honneur de l'humanité.*

§. DCCCXXIV. C'est pourquoi puisqu'il est nécessaire d'éloigner les morts de dessous nos yeux, & que la manière la plus commode de le faire est de les inhumer, & de couvrir de terre leurs cadavres, ce qu'il est aisé de voir, *nous devons ensévelir les morts* (§. XLVIII.), *& dans leurs obséques*, c'est-à-dire, dans l'acte solemnel, par lequel le corps d'un mort est porté à la sépulture, *il faut non-seulement faire ce qui convient à l'humanité* (§. DCCCXXIII.), *mais encore ce qui est conforme aux devoirs envers les morts* (§. DCCCXXII.). Il paroit ainsi, que *le droit de sépulture appartient à l'humanité, ou à l'homme entant qu'homme.* *Du droit de sépulture.*

§. DCCCXXV. Puisqu'en ouvrant & en disséquant les cadavres humains, on peut acquérir une notion distincte de tout le corps humain, & de chacune de ses parties, laquelle est nécessaire non-seulement pour acquérir la connoissance de la santé & des maladies (§. CXIII.), mais aussi pour reconnoitre Dieu par la structure du corps humain, ce que personne ne peut revoquer en doute, *la dissection des cadavres humains est naturellement permise* (ibid. & §. CLXIII.). Puisqu'il ne s'ensuit point de-là, que nous ne regardons pas ceux, dont nous disséquons les cadavres, comme également hommes, les plus excellentes des créatures, & dignes de notre amour, *la dissection des cadavres humains n'est point contraire à l'honneur de l'humanité* (§. DCCCXXIII.). Cependant comme les devoirs, dûs aux morts, ne sont pas les mêmes à l'égard de tous (§. DCCCXXII.), *il peut arriver que la dissection des cadavres ne s'accorde pas avec ces devoirs*; & il est clair, qu'*elle ne peut avoir lieu dans tous les cadavres.* *De la dissection des cadavres humains.*

§. DCCCXXVI. On appelle *deuil* tous les actes extérieurs qui indiquent la tristesse: ils sont ou *naturels*, c'est-à dire, accompagnant la tristesse par l'essence & la nature du corps humain, ou *volontaires*, c'est-à-dire, auxquels nous donnons une signification de tristesse. Puisque la perte de nos amis, de nos bienfaiteurs, & de ceux qui ont rendu des services à nous & aux autres, est un mal de la fortune, & qu'il est naturel à l'homme, que les maux présents produisent la tristesse; *la loi naturelle ne sauroit nous défendre d'être dans le deuil pour la mort de nos amis, de nos bienfaiteurs, & de ceux qui ont rendu des services à nous & aux autres* (§. LX.). Cependant comme les devoirs prescrits par la loi naturelle sont inviolables (§. XLII.), *le deuil pour les morts doit être tellement réglé, que nous ne fassions rien qui soit contraire à notre devoir dans l'adversité* (§. CXXX.), *à la confiance en Dieu, & à l'acquiescement à la providence divine* (§. CLXXIII.). Et *Du deuil pour les morts.*

gations, il lui restoit à les considérer encore relativement à l'homme avant d'être né & après être décédé: & c'est là le sujet de ce chapitre: sujet qu'il expose ici assez succinctement, & qu'il traite avec plus d'étendue dans le sixième volume de son grand ouvrage.

Et puisque nous avons droit aux choses sans lesquelles nous ne pouvons remplir nos devoirs envers les morts (§. XLVI.), *le deuil volontaire, conforme à notre devoir envers les morts, est aussi permis naturellement*; il est permis, par exemple, de porter un habit de deuil.

Si ceux qui ne sont pas encore nés ont des droits.

§. DCCCXXVII. Celui qui n'est pas encore né, existe encore dans le ventre de sa mère, ou n'a pas encore été conçu par sa mère. C'est pourquoi puisque celui qui n'existe pas encore, ne peut agir, & que celui qui est encore dans le ventre de sa mère, ne peut agir parmi les hommes, & que par conséquent celui, qui n'est pas encore né, ne peut être le sujet de quelque droit (§. XLVI.), *celui qui n'est pas encore né ne peut avoir aucun droit, ni*, par conséquent, *en acquérir aucun*, & par cette raison *le fétus, qui est encore dans le ventre de sa mère, ne peut acquérir aucun droit.* C'est pourquoi *si quelqu'un dit, qu'il transfere un droit à quelqu'un qui n'est pas encore né*, comme à un fétus caché dans le ventre de sa mère, *il est censé vouloir qu'il acquière ce droit, en naissant ou par sa naissance.*

Du droit transmissible à ceux qui ne sont pas encore nés.

§. DCCCXXVIII. Puisque les droits transmissibles s'acquièrent par la naissance (§. DCCCXXVII. DCCCXXI.), *si un droit conféré à vous & à vos descendants peut vous appartenir, en même temps à vous & à celui qui descend de vous, celui-ci l'acquiert aussitôt qu'il est né;* mais *si un droit est transféré à vous, pour être transmis sous certaines conditions, successivement, par la mort du possesseur à des personnes qui ne sont pas nées encore, aussitôt qu'elles naissent elles acquièrent le droit de succéder au droit, qui vous a été transféré, lorsque la condition déterminée existe*, l'on voit que ce droit est conditionnel.

De l'espérance d'acquérir un droit par la naissance.

§. DCCCXXIX. Aussitôt que quelqu'un a été conçu dans le sein de sa mère, il y a lieu d'espérer qu'il naitra; par conséquent qu'il acquerra le droit qui doit s'acquérir par sa naissance. C'est pourquoi, cette espérance étant équivalante à celle qu'a le promissaire, en vertu d'une promesse conditionnelle, & cette espérance ne pouvant lui être ôtée (§. CCCXCVI.), *on ne peut ôter à un fétus, qui est dans le ventre de sa mère, l'espérance d'acquérir quelque droit par sa naissance.*

De la rénonciation pour ceux qui ne sont pas encore nés.

§. DCCCXXX. Puisque celui qui n'est pas encore né, & n'a pas été encore conçu dans le sein de sa mère, ne peut avoir ni droit, ni espérance d'en acquérir (§. DCCCXXVII.), mais que le fétus quoiqu'il n'ait point de droit, a cependant une espérance qui produira un droit, s'il vient à naitre, espérance qu'on ne peut lui ôter (§. DCCCXXIX.), *vous pouvez renoncer pour vous & pour ceux qui ne sont pas encore nés, ni conçus, sans leur faire une injure* (§. LXXXVII.), *à un droit qui doit être transmis par vous à ceux qui ne sont pas nés, mais vous ne pouvez renoncer pour le fétus qui est dans le sein de sa mère.* Puisqu'il dépend uniquement de la volonté de celui, qui renonce à un droit d'y renoncer ou non, & d'y renoncer aux conditions qu'il lui plait (§. CCCXLII.), *il n'est point naturellement contradictoire, que quelqu'un, en renonçant à un droit, qui doit être transmis par lui à ceux qui ne sont pas encore nés, se reserve le droit de le transmettre à des personnes qui ne sont pas encore nées*, & puisque la répudiation d'un droit, ne contient pas une renonciation pour ceux qui ne sont pas encore nés (§. CCCXXXIX. CCCXL.); *la répudiation d'un droit transmissible à ceux qui ne sont pas encore nés, ne leur nuit point du tout.*

D'un droit acquis par la prévoyance des ancêtres.

§. DCCCXXXI. Un *droit* qui est transmis successivement d'une personne à d'autres

tres sous certaines conditions, s'appelle un *droit acquis par la prévoyance des ancêtres*, c'est-à-dire, celui qui le transmet le fait non volontairement, mais par nécessité; *celui qui l'acquiert le tient non de celui qui le transmet, mais du premier acquérant.*

§. DCCCXXXII. On appelle *postérité* en général, ceux qui naitront après la mort de ceux qui vivent aujourd'hui, on appelle en particulier *votre postérité* ou *vos descendans*, ceux qui après votre mort descendent de vous par la naissance, comme d'un autre coté, on appelle ancêtres ceux qui ont vecu avant nos pères & mères. Puisque ceux qu'on appelle la postérité, sont des hommes qui prennent notre place après notre mort, & que les hommes sont obligés d'unir leurs forces, pour se perfectionner eux-mêmes, & perfectionner leur état (§. XLIV.); *nous sommes obligés de faire tout ce que nous pouvons pour l'utilité de la postérité, comme de travailler à la propagation des sciences, des arts & des vertus morales parmi eux, & à ce qu'ils aient des arbres pour le fruit & pour faire du bois.* *Des devoirs envers la postérité.*



INSTITUTIONS DU DROIT DE LA NATURE ET DES GENS.

TROISIEME PARTIE.

De l'Empire, & des Obligations & des Droits qui en naissent.

SECTION I.

De l'Empire privé.

CHAPITRE I.

De l'Empire & de la Société en général. (†)

§. DCCCXXXIII.

Empire quel droit c'est.

n appelle *empire*, ou *authorité*, ou *commandement* le droit de déterminer, à son gré, les actions libres d'autrui. On dit que celui, qui a ce droit, *commande* ou *gouverne*. Ainsi *l'empire renferme le droit d'obliger*

(†) PART. III. SECT. I. CHAP. I Les Jurisconsultes rangent ordinairement tout ce qui fait l'objet des droits & des devoirs de l'homme, sous trois classes, dont l'une se rapporte aux choses, l'autre aux personnes, la troisieme aux actions; c'est-à-dire, aux moyens à employer dans l'état civil, pour se faire rendre justice. JUSTINIEN, ou ceux qui ont composé les Institutes, publiés sous le nom de cet Empereur, ont cru devoir exposer le droit des personnes, avant de traiter celui des choses: & cet ordre a été généralement adopté par les Jurisconsultes. Notre Auteur cependant n'a pas cru devoir le suivre. Après avoir traité du Droit Naturel en général, & des devoirs qu'on doit à Dieu, qu'on se doit à soi-même & qu'on doit aux autres, il a exposé tous les droits & tous les devoirs qui sont connus sous le droit de domaine, ou qui en resultent; c'est-à-dire, tout ce qui a trait à cette partie de la Jurisprudence, que l'on nomme droit des choses, parce que ce droit fixe jusqu'à quel point un homme peut disposer d'une chose, d'un être physique: il passe maintenant à celle dont l'homme lui-même est l'objet, & que l'on désigne communément par l'expression générale de droit personnel, ou droit des personnes; parce que ce droit fixe jusqu'à quel point on peut disposer d'une personne; c'est-à-dire, jusqu'à quel point on peut prétendre qu'une per-

ger un autre à déterminer ses actions, de telle manière & non autrement, puisque sans cela personne regle ses actions libres sur notre volonté. En général les hommes sont assez portés à s'attribuer autant de pouvoir moral, qu'ils ont de pouvoir physique: on mesure ses droits plutôt sur les forces qu'on a de les faire valoir, que sur les principes qui en font l'origine: ainsi on croit assez communément, qu'on peut avoir sur les actions libres des hommes les mêmes droits, & qu'on peut exercer, par rapport à elles, la même puissance qu'on exerce sur les choses inanimées, & sur les brutes qu'on range dans la même classe. Cependant il ne faut qu'une legère attention pour se convaincre, qu'il y a une extrême différence entre les droits que l'on peut acquérir sur des choses inanimées & des animaux, considérés sur ce pied, & ceux que l'on peut acquérir sur des êtres qui, en vertu de leur nature, ont des devoirs à remplir & des droits à exercer. La nature des choses inanimées ne présente par elle-même rien, qui puisse servir de fondement à limiter les droits, que je puis acquérir sur elles. Toutes les limites, auxquelles ces droits peuvent être sujets, doivent prendre leur source ou dans celui qui les possede, ou dans ceux qui doivent souffrir cette possession. Il n'en est pas de même de l'homme: c'est un être qui par sa propre nature est soumis à des devoirs, dont il ne peut se dispenser, & qui a des droits, qu'on ne peut lui ôter & auxquels il ne peut renoncer. D'où il paroit, que l'homme ne peut ni acquérir, ni avoir sur un autre un droit, ou un pouvoir, tel qu'il peut en avoir sur les choses inanimées. Au reste je crois ne pouvoir mieux faire, pour donner une idée générale de cette partie des Institutions de notre Auteur, que de placer ici la Préface, qu'il a mise à la tête du septième volume de son grand Ouvrage, & dans laquelle il en fait lui-même un exposé. Voici comme il parle: „ Dans ce septième tome du Droit de la Nature, que je publie aujourd'hui, je traite de ce „ que l'on nomme ordinairement, le Droit des „ Personnes, ou Droit Personnel (*Jus Personarum*). Ce Droit consiste dans la faculté de déterminer les actions d'autrui; & s'appelle proprement empire, autorité, pouvoir, puissance. „ On lui donne le nom de puissance particulière „ (ou privée), entant qu'elle s'exerce par des „ particuliers sur les actions d'autres particuliers. Or ce droit tire son origine des sociétés, que la Nature, par *une espece de pacte*, a „ instituées elle-même, ou de celles que les „ hommes ont volontairement établies entre „ eux. C'est donc une sorte de droit acquis, „ dépendant du droit né avec l'homme (*jus connatum*). Car naturellement tous les hommes „ sont libres, & personne n'a un droit parfait sur „ les actions d'autrui, parce que chaque homme „ dans ses actions ne dépend que de sa propre „ volonté, & nullement de celle d'un autre Chaque homme, il est vrai, a naturellement le „ droit de défense contre ceux qui l'attaquent, „ ou qui lui enlevent son bien, & il peut châtier celui qui porte atteinte à sa sûreté, droit „ que l'on range avec raison sous la classe des „ droits nés avec l'homme; cependant il est constant qu'aucun de ces droits ne peut avoir lieu, „ que par la méchanceté d'un autre; de sorte que „ ce n'est que par l'intervention de quelque action d'un autre que ce droit, qui est comme „ momentané, nous appartient. Mais ici il s'agit d'un certain droit fixe, qui soumet à notre „ puissance, soit pour toujours, soit seulement „ pour un certain temps, toutes les actions d'un „ autre ou quelques-unes seulement. Et ce n'est „ que par la volonté exprimée ou présumée d'un „ autre, que l'on peut acquérir ce droit sur les „ actions d'autrui. On rapporte à ce droit: 1. les „ droits matrimoniaux que les époux exercent „ mutuellement entre eux, & qui ont leur source „ dans les conventions matrimoniales; en second „ lieu, le droit des parents sur leurs enfants, „ nommé communement la puissance paternelle; „ droit cependant commun naturellement au père & à la mère, & qui découle de l'espece de „ pacte, ou de quasi-pacte, sur lequel est fondée „ la société paternelle. Enfin on range aussi dans „ cette classe, le droit du seigneur sur son esclave, & du maitre sur son domestique; droit qui „ tire son origine du pacte, qui reduit quelqu'un „ en une servitude parfaite, ou de celui par lequel se contracte la société entre le maitre & „ son domestique. Et c'est de ces associations ou „ sociétés simples, que se forment les familles, „ d'où dérive aussi le droit du père & de la mère de famille sur leurs domestiques. C'est donc „ sur ce plan que dans ce septième tome, je traite de la société conjugale, de la paternelle, de „ celle qui subsiste entre le maitre & son domestique, & enfin de la société de famille. Et „ suivant ma methode j'y démontre, par les principes du Droit Naturel, quels sont dans ces sociétés les droits particuliers, & à quelles obligations chacun est tenu. Cependant comme „ toutes ces sociétés non seulement, mais même „ toutes les autres sociétés, tant simples que „ composées, ont leurs principes généraux, & „ que c'est par ceux-ci qu'il faut démontrer les „ principes particuliers, j'ai traité des principes „ généraux de la société en général, & de la „ puissance qui en resulte, avant de parler des „ autres; car puisque les parentés & les alliances „ ont leur source dans le mariage & dans la société-

cela il feroit inutile. Le droit fur les actions d'autrui s'appelle auffi *pouvoir* ou *puiffance*. (*a*)

Si l'on peut avoir naturellement l'empire fur les autres.

§. DCCCXXXIV. Puisque naturellement les actions d'un homme font indépendantes de la volonté de tout autre homme, & que chacun ne dépend que de lui-même dans ce qu'il fait (§. LXXVII.), *perfonne* auffi *naturellement n'a l'empire fur d'au-*

,, ciété paternelle, il convenoit que je démontraffe par ces fociétés, en quoi elles font conformes à la nature & à la raifon. Et comme ,, on ne peut prouver le droit d'héritage, avant ,, de connoitre quels font les droits des enfants, ,, & des pères & mères, de même que ceux des ,, autres parents, j'ai été obligé de parler auffi ,, de ceux-ci, quoique ce droit d'héritage appartienne proprement aux droits des chofes.

,, Voilà comme j'ai achevé tout le droit privé, ,, tant des chofes que des perfonnes; & j'ofe me ,, flatter, qu'après avoir bien compris ce que j'en ,, ai dit, on trouvera aifément, dans quelque cas ,, que ce foit, ce qui eft conforme à la raifon & ,, ce qui ne l'eft point. Et quoique je n'aie pu, ,, que même je n'aie point dû parler de tous les ,, cas particuliers poffibles, quiconque cependant ,, fe fera fuffifamment inftruit de ce que j'ai ,, expofé, & qui fe fera bien inculqué la méthode que j'ai fuivie dans mes démonftrations, ne ,, trouvera aucune difficulté à faire voir par la ,, même méthode ce qui, dans un cas quelconque que je puis avoir omis, s'accorde avec ,, la Loi de la Nature, ou point. Et en effet d'après la Théorie générale, que je donne des ,, Loix civiles, fondées fur celles de la nature, ,, non-feulement on verra évidemment combien ,, celles-là s'accordent avec celles-ci, & combien elles s'en écartent, mais on découvrira ,, même fi elles ont été juftement établies, ou fi ,, elles ont befoin d'être corrigées. J'avoue que ,, mon Ouvrage du Droit de la Nature paroitra ,, trop étendu, peut-être même diffus, fi on le ,, compare aux Ouvrages de ceux qui ont traité ,, la même matiere; mais fi l'on confidere, que ,, dans ce traité j'ai rapporté aux loix de la faine ,, raifon, tout ce qui dans le Droit civil a rapport au droit des chofes & des perfonnes; que ,, je ne me fuis pas contenté d'en parler fuperficiellement, ou d'indiquer feulement les faits; ,, mais que j'ai tout fuffifamment démontré; que ,, pour écarter toute obfcurité, & lever tous les ,, doutes qui auroient pu fe préfenter, j'ai répandu fur chaque matière toute la lumiere dont ,, elle étoit fufceptible: fi, dis-je, on fait ces ,, confidérations, je ne crois pas que l'on m'accufe d'avoir été trop prolixe. J'euffe perdu mon ,, objet de vue, & je n'aurois point fatisfait au devoir que je m'étois impofé, fi j'avois cherché à ,, être plus court, ce qui auroit eu lieu, fi j'avois ,, omis certaines propofitions, fi j'avois donné ,, moins d'étendue à mes démonftrations, ou que ,, j'euffe paffé ou tronqué quelques unes de mes ,, remarques. En omettant quelques propofitions ,, il y avoit deux inconvénients à craindre; ou ,, j'aurois négligé des principes, qui devoient fervir de démonftrations à d'autres propofitions; ,, ou bien l'on auroit pu fe perfuader, que je les ,, rangeois dans la claffe de celles qui appartiennent au Droit pofitif ou purement civil; du ,, moins eft-il fûr, que tous les lecteurs n'auroient ,, point vu évidemment, comment on peut démontrer ces propofitions par les principes du ,, Droit Naturel, ou comment elles doivent s'y ,, rapporter. Si j'avois donné moins d'étendue à ,, mes démonftrations, un chacun ne fe feroit pas ,, trouvé en état de fuppléer à mon filence; & ne ,, devois-je pas craindre de pécher contre l'évidence, fans laquelle il eft bien difficile que l'affentiment, que l'on donne à des preuves, foit ,, fixe & immuable? Enfin en paffant ou tronquant ,, quelques-unes de mes remarques, il auroit fallu omettre plufieurs chofes très-néceffaires pour ,, comprendre parfaitement les différents droits, ,, & pour bien faifir la différence, qui fe trouve ,, entre les droits de la Nature, & ceux qui ne ,, font que fimplement civils, ce qui auroit donné lieu à bien des doutes. Plufieurs perfonnes ,, ont fouhaité, que quelqu'un voulut fe donner ,, la peine, d'ajouter à chaque définition & propofition des loix, tirées du Droit Civil ou même ,, du Droit Canon, ou, qu'au défaut de ces loix, ,, il y fuppleât par quelques paffages, pris des Interprêtes du Droit ou des Jurifconfultes. Mais ces ,, mêmes perfonnes ont auffi reconnu, que je ne ,, pouvois me furcharger d'une tâche fi penible, ,, & que de l'entreprendre ce feroit retarder la ,, publication de cet Ouvrage; auffi je men difpenfe fans peine, laiffant à d'autres la liberté ,, d'y travailler; car je n'ai point la vanité de ,, croire que d'autres que moi ne puiffent faire ,, quelque chofe d'utile pour le bien de la fociété. Si l'on veut fe donner la peine de lire ce que ,, j'ai dit dans mon fixieme tome des devoirs & ,, des droits des Savants, j'ofe croire qu'on fera ,, perfuadé, que perfonne ne défire plus que moi, ,, de voir tous les hommes de Lettres fe réunir, ,, pour étendre l'empire des Sciences. Et ce n'eft ,, pas fans douleur, que je vois qu'il y a beaucoup de perfonnes, qui aiment à traiter des matieres déjà épuifées, & qu'il en eft très peu ,, qui veuillent employer leurs talents, à travail-,, ler

d'autres hommes. Et puisqu'il faut permettre à chacun de suivre son propre jugement dans la détermination de ses actions, & que personne n'est obligé de rendre compte à un autre, pourquoi il fait ou ne fait pas telle chose (§. LXXVIII.), *personne ne peut s'arroger l'empire sur un autre malgré lui.* (*b*)

§. DCCCXXXV. Celui sur qui quelqu'un a l'empire est appellé son *sujet*. Donc *De celui qui est sujet d'un autre*

„ ler sur des choses dont on n'ait point encore „ parlé. Après avoir achevé tout ce qui concer- „ ne le Droit privé, il reste à parler du Droit pu- „ blic & universel, connu sous le nom de Droit „ de l'Etat, & que j'appelle aussi le Droit du Sou- „ verain. Je me reserve à en traiter dans les vo- „ lumes suivants; & par la même méthode que j'ai „ suivie jusqu'ici en traitant du Droit privé, j'en „ déduirai tous les principes de ceux du Droit de „ la Nature; ce qui servira à démontrer, que le „ Droit public appartient au Droit Naturel, & „ qu'il fait partie du systeme que j'ai eu dessein „ d'en former."

§. DCCCXXXIII. (*a*) De tous les objets de la Jurisprudence il n'en est aucun qui soit plus important, que celui que l'on nomme droit souverain, souveraineté, empire, autorité supreme, pouvoir souverain : ce droit indique une supériorité d'une part, & une dépendance de l'autre, qui obligent les uns à suivre, par rapport à leurs actions libres, la volonté de quelque autre, ou de quelques autres; & qui donnent à ceux-ci le droit d'exiger, que leur volonté tienne lieu de loi. Il ne s'agit donc plus ici d'un objet physique, ou consideré simplement comme tel: il s'agit d'un objet moral, ou consideré en tant qu'être moral; & cela nous mène dabord à ces deux considérations suivantes. 1. La nature & l'essence de l'homme permettent-elles, qu'un homme dépende d'un autre, par rapport à ses actions libres? 2. Si oui: jusqu'à quel degré elles le permettent? On est assez d'accord sur le premier point; mais on ne l'est point sur le second. Jusqu'à présent on n'a pu donner à ce sujet l'évidence qu'il paroit exiger, pour produire une pleine conviction. Notre Auteur lui-même ne me paroit pas y avoir réussi, comme on auroit pu l'attendre de l'ordre & de la précision, qu'il s'est fait une loi de mettre dans ses ouvrages. Il définit la souveraineté ou l'empire, par le droit de déterminer les actions libres d'un autre à son gré: & il importe de faire attention à cette définition, parce qu'elle suppose, que l'homme peut avoir sur un autre le droit de déterminer *à son gré* les actions libres de celui-ci: or si l'expression *à son gré* doit être prise ici sauf les obligations naturelles, dont celui qui a l'empire ne peut jamais se dégager; la définition indique un droit possible ; mais si l'expression *à son gré* doit être prise au pied de la lettre, elle indique un droit impossible: car quoiqu'il soit vrai, que dans un sens physique, c'est-à-dire, à ne considérer que la force seule, il est possible qu'un homme ait ce pouvoir, & qu'il dispose à son gré, & suivant ses caprices, des actions libres de quelques autres, & quoique l'expérience ne prouve que trop cette triste vérité, il est également vrai, que dans un sens moral l'homme ne peut avoir ce pouvoir sur un autre homme : parce que d'un côté aucun homme ne peut se dépouiller de ses droits, jusqu'au point de renoncer entierement à ce qu'il se doit à lui-même, & de se rendre entierement dépendant d'une volonté étrangere, quelque capricieuse qu'elle fut ; & que de l'autre côté, nul homme ne peut acquérir un pouvoir si illimité sur les actions libres d'un autre, au point de pouvoir le traiter arbitrairement. Il y a sur ce sujet un très beau discours du célebre Jurisconsulte NOODT, qu'on trouve dans ses Oeuvres, imprimées en latin à *Leyde* en l'année 1760. & dans le *Recueil de Discours* publiés par BARBEIRAC, 2 voll. in-12°. De plus, la définition porte le *droit de déterminer les actions libres:* est-il question de toutes les actions libres ; ou de quelques-unes ? Le droit est impossible encore dans le premier cas: il est possible dans le second cas. De-là il paroit, que l'Auteur n'a pas voulu indiquer par la définition qu'il donne ici de l'empire, le pouvoir qu'un homme peut avoir sur les actions libres d'un autre homme , mais le pouvoir qu'un Etre moral pourroit avoir sur un autre Etre moral, dont les actions pourroient être entierement dépendantes, afin de faire voir en quoi consiste l'empire, dans le sens le plus étendu qu'on puisse lui donner. J'ai cru devoir faire cette observation, pour prévenir les fausses idées que la définition de notre Auteur pourroit faire naitre.

§. DCCCXXXIV. (*b*) J'ai fait voir au §. LXXVII. que cette indépendance n'est pas une suite naturelle de la condition humaine : & qu'au contraire l'état naturel de l'homme est de naitre & de vivre plus ou moins dans une dépendance. La prétendue indépendance, dont il est ici question, n'a été imaginée que pour en déduire le consentemen soit présumé, soit tacite, soit exprès, sur lequel on veut faire réposer l'édifice de la souveraineté; afin d'avoir par ce moyen un principe, propre à combattre l'autorité arbitraire, que quelques Auteurs attribuent à ceux qui sont à la tête des Nations, & que les Princes ne sont que trop portés à s'arroger: on verra par la suite des remar-

Donc *naturellement personne n'est sujet d'un autre* (§. DCCCXXXIV.), *& personne ne peut être assujetti à un autre malgré soi* (ibid.). Mais puisque celui qui commande ou qui a l'empire, peut obliger le sujet à déterminer ses actions de telle manière & non autrement (§. DCCCXXXIII.), *le sujet est obligé de conformer ses actions à la volonté de celui qui commande;* par conséquent, puisqu'on dit qu'on *obéit* quand on conforme ses actions à la volonté d'un autre, & qu'on *désobéit* lorsqu'on refuse de le faire, *le sujet est obligé d'obeïr à celui qui commande, & il ne doit pas être désobeïssant.* Il est aisé de voir au reste, que *le sujet n'est pas libre par rapport aux actions, sur lesquelles celui qui commande a droit* (§. LXXVII.), & que par conséquent *celui qui s'assujettit volontairement à un autre, renonce à sa liberté naturelle par rapport aux actions, sur lesquelles il accorde un droit à cet autre* (§. CCCXL.). (*c*)

De la société & du droit & de l'obligation qui en naissent. §. DCCCXXXVI. La *société* en général est une convention, ou quasi-convention

marques que je ferai sur ce sujet, que la Jurisprudence peut se passer de ce moyen, qui d'ailleurs n'est pas libre de tout inconvénient.

§. DCCCXXXV. (*c*) Naturellement l'homme nait dans la dépendance de son pere & de sa mere: cette dépendance est une conséquence immédiate de l'ordre successif, par lequel le monde subsiste. Il n'y a donc d'égaux dans le monde, que ceux qui n'ont entre eux d'autre relation que celle d'homme à homme: c'est à cette égalité qu'il faut rapporter tout ce que notre Auteur déduit de la liberté naturelle de l'homme: ainsi il n'est pas universellement vrai, que la nature n'assujettit personne à un autre, attendu qu'il n'est pas universellement vrai, que les hommes n'ont par la nature d'autre relation que celle d'homme à homme. L'ordre successif, qui tient à l'essence & à la nature de l'espece humaine, y produit nécessairement les liens de la parenté, & toutes les autres relations, qui exigent dans une famille ce que l'on nomme gouvernement dans un Etat. Or quoique ces liens soient moins intimes, & par-là moins sensibles à mesure des éloignements de la tige, ces liens n'en sont pas pour cela moins réels & obligatoires: si d'ailleurs la perfection du monde & de ses parties, exige que ces parties soient en harmonie; & s'il faut une dépendance de parties pour former un tout harmonieux; il ne sera pas exactement vrai, que par la nature aucun homme ne soit dans la dépendance d'autrui; & il sera vrai au contraire, que la nature même exige qu'il y ait quelque dépendance de l'un à l'autre: qu'il y ait des supérieurs & des inférieurs; des membres qui commandent, d'autres qui obéissent; des souverains & des sujets; tout comme il est nécessaire, que pour conduire un navire il y ait quelqu'un qui tienne le gouvernail, qui commande, & auquel on obéisse. Otez ces liens à la société humaine, & rendez tous les hommes égaux, vous détruisez les principes, par lesquels elle doit se conserver & se conduire. Cependant comme les revolutions du monde ont divisé la société humaine, de façon qu'il y a des membres qui n'ont, vis à-vis l'un de l'autre, que la relation d'homme à homme, la doctrine de notre Auteur, appliquable à cette situation, merite d'autant plus d'attention, que tous les jours on a lieu d'en voir les conséquences: car tous les jours il arrive, que les hommes renoncent à une partie de leur liberté, & qu'ils se rendent plus ou moins dépendants de la volonté d'autrui.

§. DCCCXXXVI. (*d*) Notre Auteur définit la société, considérée en général, par un *pacte* ou *quasi pacte:* & cela suppose, qu'il n'y a point de société sans pacte ni quasi-pacte: supposition qui, ce me semble, repugne à l'idée d'une société, qui par elle-même ne présente essentiellement, que l'état de deux ou de plusieurs réunis pour une même fin; quelle que soit la cause qui ait produit cette union. La société conjugale, produit la paternelle, & celle-ci est la source de la société humaine: la société humaine resulte donc essentiellement de l'ordre, dans lequel la Providence fait exister le monde: les relations qui en découlent sont inaltérables, quelque forme qu'on puisse leur donner; & comme il ne dépend pas de l'homme d'en changer les loix, il est si peu vrai que la société humaine soit fondée sur un *pacte* ou *quasi-pacte*, que, quand même tous les individus se réuniroient à faire un contract de société, sous des conditions contraires à ces loix, ils feroient par cela même un acte nul; attendu qu'aucun acte humain ne peut détruire les loix, qui découlent de la nature & de l'essence des choses. „ La „ multitude des hommes (dit un judicieux Auteur dans un petit ouvrage, intitulé *Conseils de l'Amitié*) „ étant en quelque sorte infinie, il a „ falu en borner les relations à des villes, à des „ familles. De-là les noms de Nation, de Patrie, de Maison, qui expriment autant de divisions de la société, qui imposent des obligations particulieres, & qui restreignent les devoirs généraux de la société sans les éteindre."

On

tion au sujet d'un but ou d'une fin, à laquelle on se propose de parvenir, en réunissant ses forces. On donne aussi ordinairement le nom de *société* à une multitude d'hommes associés, pour obtenir un certain but; *les sociétés different* donc *selon la fin qu'on se propose, ou pour laquelle on les forme.* Ceux qui contractent la société s'appellent les *associés*, ou les *membres de la société.* Ainsi *chaque associé est obligé de faire ce qu'il peut pour parvenir au but, & ce qu'on est convenu spécialement qu'il feroit* (§. CCCCXXXVIII.); par conséquent *les membres de la société ont le droit de contraindre chacun de leurs associés, à remplir son obligation.* C'est pourquoi *tous conjointement ont droit sur chacun séparément*, & *les obligations & les droits de chacun doivent se mesurer par la fin*, sur laquelle ils se sont accordés, *& par ce dont on est convenu spécialement dans la convention* (ibid.), & *tous conjointement ont le droit de déterminer ce qui est nécessaire pour parvenir au but de la société*, ou les moyens qu'ils veulent qu'on employe pour arriver au but. (*d*)

§. DCCCXXXVII.

On verra par la suite les conséquences de ces reflexions. En voici d'autres. L'Auteur fait consister la différence des sociétés uniquement dans la différence des buts qu'on s'y propose: elles méritent bien, ce me semble, qu'on les distingue encore par les différentes manieres, dont elles se forment; puisque c'est principalement delà, que dépendent les devoirs particuliers des associés D'ailleurs est-ce bien raisonner de dire: comme toute société suppose un but particulier, qui doit faire l'objet des forces réunies de tous les membres, ainsi les sociétés sont uniquement différentes entre elles par le but qu'elles se proposent; & comme les sociétés ne different que par le but qu'elles se proposent, il y a autant de différentes sortes de sociétés qu'il y a de différents objets, qu'on se propose pour but d'une association? cependant c'est là en effet à quoi reviennent les arguments, dont notre Auteur se sert, comme on peut le voir dans son grand Ouvrage, *Tom.* VII. §. 3 *& suiv.* Les obligations & les droits des associés (dit notre Auteur) doivent être mesurés sur la fin ou le but de la société: cela est vrai, mais ils doivent l'être aussi sur son origine, puisque c'est par-là qu'il faut demêler jusqu'à quel dégré, & pour quels objets chaque associé est tenu de suivre ou de ne point suivre le jugement, soit du corps de l'association, soit de la plus grande partie, soit de quelques membres. La proposition d'ailleurs, affirmée comme le fait notre Philosophe, n'est pas exactement vraie: je vai le démontrer. Ceux (dit-il) qui contractent une société, sont appellés membres de la société, ou associés: conséquemment (ajoute-t-il) chaque associé est obligé de faire ce qui dépend de lui, pour obtenir la fin proposée, & ce à quoi il est encore particulierement tenu audelà: ce raisonnement suppose manifestement, que chaque membre d'une société a le droit & est dans l'obligation de juger des moyens, qui doivent être employés & qu'il doit employer lui-même, pour satisfaire à ce but général, & que d'ailleurs il doit encore juger des objets particuliers, qui peuvent servir à remplir ce but: or bien loin que cette supposition soit une conséquence nécessaire de la nature & de l'essence de toute société, cette supposition y répugne même: car comme il ne faut qu'une seule ame à un corps moral, afin que les parties puissent travailler de concert, ainsi les actions libres de chaque membre d'une société, dans le rapport qu'elles doivent avoir au but de la société, ne doivent pas être déterminées par une volonté particuliere de chacun d'eux, mais par une volonté générale, qui soit celle des membres pris en corps & collectivement; outre que les volontés particulieres, mises en exécution, ne pourroient jamais produire une unanimité & un accord dans les actions. Delà il s'ensuit que, par rapport au but général de la société, chaque associé doit, en son particulier, & dans ses actions particulieres, n'avoir d'autre volonté, que celle de remplir exactement ses engagements. Chacun (dit-on) est tenu de concourir au bien public; & notre Auteur l'affirme aussi §. DCCCXXXVII. mais cette proposition n'est pas si exactement vraie, que l'on pourroit bien se l'imaginer: elle est vraie si par-là on entend, que chaque associé doit s'abstenir de faire des choses contraires au but de la société; parce que dès que quelqu'un contracte une société, il annonce qu'il desire & qu'il veut le but de cette association; & par cela même il déclare qu'il ne fera rien qui y soit contraire: conséquemment il ne peut ou il ne doit jamais se proposer par ses volontés particulieres quelque effet, qui puisse être nuisible au but de la société, dont il est membre: & dans ce sens il est vrai, que chacun des associés est obligé de concourir à remplir le but de l'association; mais cette proposition n'est pas vraie dans tout autre sens. Si chacun est tenu de concourir au bien public, est-il permis à chacun de juger en quoi le bien public consiste,

Du salut de la société, & du bien commun des associés.

§. DCCCXXXVII. Le progrès non interrompu vers le but de la société, s'appelle le *salut de la société*, & le but entant qu'on y parvient, comme il est utile à chacun, s'appelle *le bien commun.* C'est pourquoi *chaque associé doit avancer le bien commun de toutes ses forces, & de la manière dont on est convenu, & il ne doit rien faire qui soit contraire au salut de la société;* par conséquent, *il doit autant qu'il le peut avoir soin, que les autres associés fassent aussi ce qui sert à parvenir au but de la société, & éloigner les obstacles qui empêchent qu'on n'y parvienne; il doit* donc *aider les autres associés de ses forces, & de ses conseils.*

De l'origine de l'empire dans la société.

§. DCCCXXXVIII. *Le droit que tous ont sur chacun*, consistant à déterminer leurs actions (§. DCCCXXXVI.), *est un empire* (§. DCCCXXXIII.). Puis donc qu'il nait

& des moyens qui doivent être employés pour se le procurer? c'est proprement cela dont il est ici question? En y faisant attention on verra, que le devoir d'associé réduit l'homme à un état passif, par rapport à tout ce dont la gestion & la direction ne lui ont point été remises & confiées; & qu'ainsi le but général de la société, ou le bien commun ne peut jamais faire l'objet de la déliberation de chacun des membres en son particulier, mais uniquement celui de la volonté de ceux qui sont revêtus de la gestion, de l'administration, & de la direction, du gouvernement enfin. Au commencement de la guerre, que les Hollandois firent à Philippe II. pour s'affranchir du joug Espagnol, des Négociants de la Hollande fournirent aux Espagnols différentes sortes de munitions. Ce n'étoit pas aux Négociants à juger, si ce commerce étoit de nature à remplir le but de la société, & en particulier à remplir celui qu'on se proposoit par la guerre: leurs vues & leur volonté particuliere ne pouvoient s'étendre qu'à l'avantage que ce commerce donnoit. Pour pouvoir porter un jugement sur ce qui peut contribuer au bien public, il faut être dans une situation propre à en saisir toutes les parties, à connoitre toutes les influences de ces parties, leur dépendances mutuelles ainsi que les différents liens par lesquels ces parties tiennent les unes aux autres: & ce n'est pas là la situation dans laquelle un particulier se trouve. Ceux qui sont à la tête des affaires s'y trompent bien souvent. Le Comte de Leicester aussi peu au fait de l'influence du commerce sur le bien général, que de la constitution d'un pays, dont la Reine Elizabeth lui fit prendre le gouvernement, ayant interdit le commerce, dont je viens de parler, comme contraire au salut de la République, faillit à mettre par-là les Hollandois hors d'état de continuer la guerre: il leur ôta en grande partie la source unique de leurs forces.

Voici une autre conséquence, que l'Auteur propose dans ce paragraphe-ci, & à laquelle je dois m'arrêter: chaque associé (dit-il) est obligé de faire ce qui dépend de lui, pour obtenir la fin proposée, & ce à quoi il est d'ailleurs particulierement tenu; donc les associés ont droit de l'y contraindre. L'Auteur ne s'explique point si le droit, dont il parle, est un droit qu'il accorde au corps des associés, ou bien à chacun des associés; ou bien également au corps & à chacun des associés: à en juger par ce qu'il enseigne dans la suite, il semble qu'il ne l'attribue qu'au corps des associés; cependant il ne paroit gueres douteux, que des personnes s'étant mises en société, & s'étant engagées mutuellement à certains devoirs, elles n'aient toutes en corps & chacune en son particulier le droit de contrainte, contre celle qui seroit en défaut: c'est là un droit que chaque membre de la société a acquis sur son associé, & que le corps réuni des associés a par cela même aussi: desorte que, si le plus grand nombre des associés ne vouloit pas user de contrainte, contre celui qui seroit en défaut, le droit de chacun de ceux qui feroient le plus petit nombre, n'en seroit pas pour cela éteint ni moins incontestable. Ainsi lorsque notre Auteur dit, que les associés ont droit de contraindre celui qui est en défaut, il ne faut pas prendre ceci comme si absolument le corps des associés étoit seul & privativement en droit de forcer l'associé renitent à remplir son devoir, à l'exclusion des associés en leur particulier: mais il faut l'entendre sauf le droit de chacun des membres sur son associé: car ce droit ne peut passer au corps des associés, à l'exclusion de chacun d'eux, ni resider privativement dans ce corps sans un acte particulier, qui en prive les membres comme individus. Il y a encore une reflexion à faire, sur ce qui fait ici l'objet de notre examen: il ne suffit pas de dire, que les associés ont le droit de contrainte, contre chacun des membres qui reste en défaut; ce droit suppose qu'ils ont encore celui de juger & de décider si celui, contre lequel ils veulent employer les voyes de contrainte, se trouve dans le cas; & peut-être notre Auteur n'auroit-il pas mal fait, d'avoir employé quelques lignes pour démontrer comment le droit d'user de contrainte dépend de celui de juger & de décider, si un associé est en défaut ou non. On sait que ce droit de contrain-

nait d'une convention, ou quasi-convention (§. DCCCXXXVI.), *l'empire dans la société nait d'une convention, ou quasi-convention, il appartient à tous les associés conjointement*, par conséquent *chacun est obligé d'obéïr à tous* (§. DCCCXXXV.). (c)

§. DCCCXXXIX. Puisque les obligations & les droits de chacun doivent se mesurer par la convention (§. DCCCXXXVI.), *si l'on contracte simplement une société, les obligations & les droits de chacun sont les mêmes*, par conséquent *tous les associés sont égaux* (§. LXX.); & l'on dit qu'une telle *société* est *égale*: donc *dans une société égale il n'y a point de prérogative* (§. LXXI.). Mais *si l'on convient expressément qu'un des associés sera obligé de faire quelque chose, à quoi les autres ne sont point tenus, ou que quelqu'un aura un droit que les autres n'ont pas, les associés sont inégaux* (§. LXX.), & *De la société égale & inégale.*

trainte, que l'Auteur attribue ici aux membres d'une association, a été contesté par quelques membres de la Province de Hollande, contre les six autres Provinces dans ces démêlés, qui donnerent lieu à l'expédition du Prince d'Orange Guillaume II. contre la ville d'Amsterdam, & qu'on rappelle bien souvent pour noircir la mémoire de ce Prince.

§. DCCCXXXVIII. (e) Le contenu de ce paragraphe n'est pas bien exprimé; du moins le sens m'en paroit louche. L'Auteur veut y prouver, que chaque individu de la société doit obéir à la volonté du corps: or il déduit cette obligation d'une proposition qu'il n'a point prouvée; savoir que dans toute société la souveraineté appartient au corps de la société exclusivement: & il fonde la vérité de cette proposition sur celle-ci: savoir, que dans toute société les associés ont contre chacun d'eux le droit de contrainte à tout ce qui est de son devoir. Il y a deux fautes à relever sur ce sujet: premierement, en prouvant que les membres de la société ont le droit de contrainte contre un associé, on ne demontre point par-là, que ce droit appartient *exclusivement* au corps des associés. Je l'ai fait voir dans ma remarque sur le §. DCCCXXXVI. Ainsi notre Auteur commet une faute, en attribuant au corps des associés un droit, qu'il a prouvé appartenir aux associés sans restriction. J'ai montré d'ailleurs, que ce droit de contrainte appartient également à chaque associé en son particulier. En second lieu: notre Auteur déduit le droit de souveraineté, c'est-à-dire, le droit de déterminer les actions libres de ceux qui sont en société, du droit de contrainte que les associés ont sur chacun de ceux qui manquent à leurs devoirs; & cette conclusion n'est point fondée du tout, parce que l'on ne peut pas conclure du droit de contraindre quelqu'un qui manque à ses devoirs, au droit de déterminer les actions de ceux qui sont membres de la société: ainsi quand même il seroit vrai, que ce n'est qu'au corps des associés qu'il appartiendroit de contraindre ceux qui manquent à leurs devoirs, il ne s'ensuivroit pourtant point, que c'est au corps des associés à déterminer les actions des membres en particulier; & que ceux-ci seroient par-là obligés d'obéir à ce corps. Cette proposition exige une autre démonstration. Voici, ce me semble, comme il faut raisonner sur ce sujet.

Toute société a un but qui lui est propre. Pour parvenir à ce but, les actions de ceux qui en sont membres doivent y concourir, ou du moins ne pas le traverser, en rien de tout ce qui lui est relatif: conséquemment les actions de ceux qui sont membres d'une société, doivent être déterminées de façon qu'elles aillent de concert, qu'elles ne se croisent, ne se heurtent ou ne se choquent point, dans tout ce qui est relatif au but de la société. Pour produire cet accord dans les actions de ceux qui sont membres d'une société, il faut une volonté générale qui les détermine, attendu que l'effet des volontés particulieres de chaque membre, ne peut pas produire un accord dans les actions: conséquemment il faut dans toute société une volonté générale, qui détermine les actions de chaque membre, pour ce qui peut avoir trait au but de la société. Cette volonté générale devant exprimer la volonté particuliere de chaque membre, vû que les volontés particulieres des membres doivent se réunir par rapport au bien commun, & que cette réunion se trouve uniquement dans le corps de la société, il s'ensuit que cette volonté générale ne peut resider que dans le corps des associés: conséquemment que c'est au corps des associés à déterminer les actions des membres, par rapport aux choses qui ont trait au bien commun; & comme les membres ne peuvent s'être mis en société, que dans la vue qu'il y auroit une volonté générale, qui détermineroit les actions des associés, relativement au but de l'association, il s'ensuit que chacun d'eux s'est engagé à y obéir. Voilà, si je ne me trompe, une démonstration claire de ce que notre Auteur enseigne dans ce paragraphe; mais il faut faire attention qu'elle est uniquement relative aux sociétés, formées suivant les principes de notre Auteur par un pacte ou quasi-

& dans ce cas la *société* est appellée *inégale.* Donc *dans une société inégale, un associé peut avoir une prérogative par dessus les autres.* (*f*)

De la préséance des associés. §. DCCCXL. Puisque dans une société égale, dans laquelle tous les associés sont égaux, il n'y a point de raison intrinséque de préséance, c'est-à-dire, de raison tirée de la nature des associés (§. LXXV.), & puisque cependant il faut nécessairement qu'on observe quelque ordre, *ceux qui contractent une société égale, peuvent convenir à leur gré au sujet de la préséance. Si dans la suite de nouveaux membres entrent dans la société,* comme on ne peut ôter à personne son droit (§. C.), *ils doivent garder l'ordre ou le rang, suivant lequel ils entrent dans la société, à moins que les autres membres ne veuillent céder un rang extraordinaire à celui qui se joint à eux,* puisque cela dépend de leur volonté (§. CCCXLII.). Mais comme dans une société inégale, quelques-uns des associés ont plus de droit que les autres, ou sont obligés de contribuer davantage au bien commun (§. DCCCXXXIX.), *la préséance appartient naturellement à celui qui a plus de droit, ou qui doit contribuer au bien commun plus que les autres;* si du moins on suppose, que la chose doit se décider par des raisons naturelles, puisque les conventions dépendent toujours de la volonté des contractants. Il suit de-là encore, que *la préséance appartient aussi à celui qui prend la place de l'associé, à qui la préséance appartenoit par une raison intrinséque.* Il paroit aussi aisément, qu'*on ne fait point attention dans une société à la préséance que quelqu'un a hors d'elle,* puisqu'on ne fait attention dans une société, qu'aux droits & aux obligations, qui font que l'associé est une telle personne morale (§. XCVI.).

Du consentement requis de la part de chacun pour déterminer quelque chose. §. DCCCXLI. Puisque les associés doivent réunir leurs forces, pour parvenir au but de la société, & que chacun s'y est obligé envers tous (§. DCCCXXXVI.), *tout ce qui se doit faire pour parvenir au but, doit se déterminer par le consentement commun des associés.* C'est pourquoi *quand on contracte la société, il faut regler par le consentement de tous, les choses qui doivent se faire constamment & toujours de la même manière, & ce qu'il faudra faire dans les cas, qui pourroient se présenter rélatifs à la société.* (*g*)

Des différentes espèces de suffrages. §. DCCCXLII. On appelle *voix* ou *suffrage*, la déclaration de la volonté de quelqu'un, touchant ce qui doit être déterminé par le consentement de plusieurs. On appelle *voix affirmative* celle, par laquelle on déclare sa volonté, touchant ce

quasi-pacte, & dans lesquelles on n'auroit fait aucun arrangement particulier, par rapport à la volonté générale dont je parle. On verra dans la suite, comment on peut en faire une application à toutes sortes de sociétés.

§. DCCCXXXIX. (*f*) Ce que l'Auteur enseigne dans ce paragraphe n'est pas exactement vrai: il n'est pas vrai que dans tout contract, qui se fait simplement & purement, tout soit égal de part & d'autre. Les objets qu'on se propose par un contract de société, & les personnes qui forment ce contract, peuvent être tels, que la nature même du contract donne lieu à une inégalité entre les contractants. Des Musiciens se lient pour un voyage: ils conviennent de le faire à fraix communs, & sur le profit qu'ils feront par les concerts, qu'ils se proposent de donner: s'ensuivroit-il de cet engagement pur & simple, que tous auroient à tous égards les mêmes droits, & seroient tenus aux mêmes devoirs? Que celui d'entre eux, par exemple, qui n'est propre qu'à jouer de la viole, ou un troisieme violon ou quelque partie d'accompagnement, aura par rapport au choix des pieces, qu'il faudra exécuter un droit égal, à celui du Musicien qui joue la premiere partie; qu'il aura avec tous les autres un droit égal, par rapport aux dépenses à faire; & au profit qui pourra se trouver de reste. Qui ne voit que la diversité de talents, de facultés & de connoissances produit ici une inégalité, qui en doit produire une dans la société, bienqu'elle ait été contractée purement & simplement?

§. DCCCXLI.

ce qui doit se faire; *négative* celle, par laquelle on déclare sa nolonté, touchant la chose sur laquelle on est consulté. On dit que les voix de ceux qui sont d'un même sentiment sont *d'accord*, & l'on appelle *différentes* celles de ceux dont les sentiments sont divers. Quand les voix sont d'accord, cela s'appelle *unanimité de voix* ou *de suffrages.* Quand les voix du plus grand nombre sont d'accord, cela s'appelle *pluralité de suffrages*, & celles du moindre nombre s'appellent *l'infériorité de suffrage.* Mais on dit qu'il y a *parité de voix*, ou que les *voix* sont *égales*, quand le nombre de ceux qui consentent, est égal à celui de ceux qui rejettent.

§. DCCCXLIII. On dit que ceux qui déliberent *concluent*, lorsqu'ayant comparé les voix entr'elles ils déterminent ce qui doit être fait ou n'être pas fait, & cette détermination s'appelle la *conclusion* ou le resultat. Comme on appelle *la voix la plus saine*, ou *la plus sage*, celle de ceux dont le jugement, sur ce qu'il faut faire, est le plus vrai, comme il est aisé d'ailleurs de comprendre, que chacun regarde sa voix comme la plus saine, & qu'il faut cependant que l'affaire se termine; *la voix la plus saine ne peut conclure*, par conséquent *il faut que la pluralité conclue. Ceux* donc *qui contractent une société doivent convenir entr'eux*, *que ce que le plus grand nombre trouvera bon*, *sera regardé comme la volonté de tous les associés*, *& qu'ainsi le plus petit nombre sera obligé par le plus grand.* Puis donc que pour conclure on compte les voix, & qu'on ne les *pèse* pas, c'est-à-dire, qu'on n'examine pas quelle est le voix la plus saine; *la parité de suffrage ne conclut pas* (§. DCCCXLII.). C'est pourquoi *les choses restent en ce cas dans l'état où elles sont*, *&* par conséquent *toutes les fois qu'en ne concluant pas*, *l'affaire ne peut se terminer*, *il faut recourir au sort* (§. DCLXIX.), *ou il faut que quelqu'un ait une voix décisive*, laquelle jointe à une des parties fait la pluralité, *ou si la chose peut se différer*, *il faut délibérer de nouveau.* Lorsqu'une affaire controversée se décide par la parité de suffrage, cela s'appelle *le suffrage de Minerve* (*). *Si l'on ne peut avoir une pluralité de voix*, parce qu'il y a plusieurs sentiments différents, comme il faut cependant que l'affaire se termine, les voix auxquelles il y en a moins d'opposées doivent l'emporter sur celles, auxquelles un plus grand nombre est contraire, & par conséquent *il faut suivre le parti qui déplait à moins de gens*, puisqu'on ne peut suivre celui qui plait au plus grand nombre: si, par exemple, trois voix condamnent l'accusé à vingt florins d'amende, quatre à dix, & que deux l'absolvent, le se-

Comment on doit conclure par les suffrages.

§. DCCCXLI. (*g*) Il seroit à souhaiter, qu'on put toujours réaliser ou mettre en pratique la leçon, que notre Auteur donne sur la fin de ce paragraphe: mais elle ne peut gueres être observée que dans les petites associations, soit de commerce, soit d'autres. Pour les sociétés civiles, l'Histoire nous apprend, qu'elles se sont formées & se forment ordinairement par un concours d'événements, qui ne laissent gueres de moyens pour fixer d'avance les loix qui en devront regler & la forme & la constitution. Les Provinces-Unies se sont formées en République par une confédération; & qui ignore combien peu elles sont d'accord sur le lien qui les tient unies. Qu'on jette un coup d'œil sur les Etats les plus florissants & les plus policés de nos jours, en est-il un seul qui se soit formé comme notre Auteur enseigne qu'on doit le faire? cela n'empêche point pourtant, que la leçon de notre Auteur ne soit bonne, & qu'on ne fasse très bien de l'observer, toutes les fois que les circonstances le permettront.

(*) *Calculus Minervæ*: si, par exemple, il s'agit d'un homme accusé de quelque crime, il est des tribunaux où, lorsque les voix sont égales, l'accusé est absous, c'est ce que l'on appelle, d'après les Grecs, *le suffrage de Minerve.* C'est une expression proverbiale à laquelle la fable a donné lieu. Oreste, après le meurtre de sa mère, alloit être condamné par l'Aréopage à la pluralité d'une voix. Minerve joignit son suffrage à ceux qui absolvoient Oreste, & les voix se trouvant ainsi égales, elle pron-

second sentiment qui n'a que cinq suffrages contre lui, doit l'emporter sur le premier qui en a six, & sur le troisième qui en a sept. (*h*)

Des suffrages des absents. §. DCCCXLIV. *Celui qui étant absent, & ayant été appellé à la délibération, n'a point remis son suffrage à un autre, ou qui étant présent ne veut pas le donner, ou qui en est empêché par quelqu'autre raison*, renonçant tacitement dans le premier cas, & expressément dans le second à son droit de suffrage (§. CCCXL.), ce qui lui est permis (§. CCCXLII.), & dans le troisième cas n'ayant aucun droit, *il ne faut point avoir égard à lui dans le compte des suffrages*. On dit ordinairement que *le suffrage des absents*, ou comme s'exprime GROTIUS, *le droit des absents accroit aux présents*. On regarde comme absent, celui qui, étant présent, ne veut ou ne peut pas donner son suffrage. Au reste on peut convenir de plusieurs choses au sujet des suffrages, & il faut s'en tenir à la convention (§. CCCXLVIII.). (*i*)

De l'inégalité de valeur des suffrages. §. DCCCXLV. Puisque celui qui dans une societé contribue deux fois plus qu'un autre au but de la société, représente deux associés, & ainsi du reste, *si quelqu'un contribue plus que les autres associés au but de la société, la valeur de son suffrage doit être estimée en raison de sa contribution à la moindre contribution.* On voit par-là que, *si tous les associés ne participent pas également à la chose, sur laquelle la société est fondée, les suffrages doivent être estimés en raison de la part qu'y a chacun :* par exemple, si l'un a une moitié dans un fonds, l'autre un sixième, l'autre un tiers, les suffrages seront comme 3, 1, 2. (*k*)

§. DCCCXLVI.

nonça en faveur de l'accusé. Dans ces jugements on donnoit son suffrage avec des cailloux blancs & des noirs, les premiers pour absoudre, les autres pour condamner; de-là l'expression latine *calculus Minervæ*, *le caillou de Minerve*. R. d. T.

§. DCCCXLIII. (*h*) Ce que notre Auteur enseigne ici de la nécessité de décider à la pluralité des voix, ne doit pas être admis universellement; parce qu'il est des cas, dans lesquels les membres peuvent être intéressés, à ce que la conclusion ne se prenne que par unanimité. Voyez ce qu'il en dit dans son grand Ouvrage, *Tom.* VII. §. 107. PUFENDORF *Droit de la Nature. & des Gens*, *L.* VII. *Ch.* II. §. 15. *& suiv.* Les notes de BARBEIRAC à ces endroits. Les notes de ceux qui ont commenté PUFENDORF *de off. Hom. & Civ.* & dans lesquelles on trouve plusieurs citations. GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* V. §. 17. *& suiv.* & ses Commentateurs.

§. DCCCXLIV. (*i*) Voyez GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, l. c. §. 20.

§. DCCCXLV. (*k*) Notre Auteur a pris vraisemblablement l'opinion, qu'il avance dans ce paragraphe, de l'illustre GROTIUS, qui l'expose dans le §. 22. du *Droit de la Guerre & de la Paix*. *L.* II. *Ch.* V. Est-elle fondée? est-elle prouvée? Par quel principe prouve-t-on, que celui qui a une double part dans la société, représente deux associés, quant au droit de suffrage. Mr. de COCCEJI, Père, remarque avec raison qu'il faut distinguer sur ce point, 1. le droit que les associés peuvent avoir aux fruits & provenus de la société; 2. le droit de suffrage, par rapport aux affaires. Il est juste (dit-il) qu'on participe aux fruits & aux avantages, à proportion du plus ou du moins qu'on participe à une société: mais le droit de suffrage est individuel; & il appartient à un chacun des associés, quelle que soit, la part qu'il puisse avoir à la société. Mr. de COCCEJI, Fils, s'étend sur cette remarque de son Père, & la confirme: il observe, que dans l'assemblée des Etats de Hollande la ville d'*Amsterdam* n'a qu'une seule voix, tout comme la plus petite de celles, qui sont membres de cette assemblée. Les exemples peuvent servir à illustrer, mais ne prouvent point: il n'est pas décidé encore que l'arrangement, qui ne donne qu'une seule voix à la ville d'*Amsterdam*, comme à la ville de *Schoonhoven*, & qui n'en donne de même qu'une à tout le corps de la Noblesse, soit conforme aux principes d'une société bien ordonnée. Il regne dans les Etats de Hollande un droit de suffrage, qui ne répond peut-être pas non plus aux regles d'une exacte équité. Les circonstances d'une société, les différentes situations des associés, le plus ou moins d'influence qu'ils peuvent avoir sur le bien commun, ainsi que le plus ou moins d'intérêt qu'ils auront à l'objet de la délibération; mille différences de cette nature, peuvent fournir des motifs équitables de rendre le droit de suffrage; plus ou moins égal ou inégal entre les associés: de sorte qu'on a tort de chercher un principe universel sur ce sujet. En général, celui qui doit ser-

§. DCCCXLVI. Les conventions des aſſociés, touchant les choſes qui doivent ſe faire toujours de la même manière, pour parvenir au but, ſont des loix (§. XXXIX.). Ainſi, *chaque ſociété doit avoir ſes loix*, & *elle a le droit de faire des loix* (§. DCCCXLI.). Puis donc que les loix preſcrivent les moyens, par lesquels on parvient au but de la ſociété, *le ſalut de la ſociété dépend de l'obſervation des loix, & l'on ne doit pas en ſouffrir la transgreſſion* (§. DCCCXXXVII.), par conſéquent *la ſociété a le droit d'établir des peines pour aſſurer l'obſervation des loix* (§. XXXV.), & par conſéquent encore *de punir les transgreſſeurs des loix*. Il ſuit de-là, que *celui qui eſt reçu dans la ſociété doit promettre expreſſément, ou eſt cenſé promettre tacitement, l'obſervation des loix*. Et comme les loix tirent leur force du conſentement des aſſociés, *il dépend de la ſociété d'abolir ou de changer les loix quand il lui plait, & d'en faire de nouvelles.* (*l*) *Des loix de la ſociété.*

§. DCCCXLVII. On dit que ceux qui veulent ou ne veulent pas la même choſe, ſont unis ou en bonne intelligence, ou en *concorde*; & l'on dit que ceux, dont la volonté ou la nolonté eſt pour différentes choſes, ſont deſunis ou en *diſcorde*. Puis donc que *les aſſociés ſont en concorde s'ils ſe ſoumettent aux loix de la ſociété* (§. DCCCXLVI.), & *ſi leurs voix ſont unanimes, ou qu'ils ne s'oppoſent pas à la pluralité des voix* (§. DCCCXLII.), il s'enſuit, qu'*ils doivent être en concorde* (§. DCCCXLVI. DCCCXLIII.). Il paroit au reſte par-là, que *le ſalut de la ſociété ſe conſerve par la concorde des aſſociés* (§. DCCCXXXVII.). *De la concorde des aſſociés.*

§. DCCCXLVIII.

ſervir de fondement au droit de ſuffrage, ne doit point, ce me ſemble, être emprunté du plus ou moins de part que les aſſociés ont à une ſociété, mais de l'intérêt que chacun d'eux peut avoir, que la ſociété ſoit conſervée dans l'état le plus propre à répondre au but de l'aſſociation: or cet intérêt peut être égal pour tous les membres, quelque différentes que ſoient les parts qu'ils y ont. Un millionaire ne perd relativement pas plus qu'un petit Négotiant, ſi une revolution leur enleve leur fortune & leur état. Que *Titius*, *Sempronius*, *Craſſus* & *Cajus* faſſent partie pour un voyage; & que *Titius* ſe charge des trois quarts des fraix; faudra-t-il que *Sempronius*, *Craſſus* & *Cajus* ſuivent en tout le ſentiment de *Titius*, & que, s'il prend envie à *Titius* de paſſer par un endroit peu ſûr, ou de faire des dépenſes exorbitantes, ils ſe ſoumettent à ſa volonté? car voilà à quoi les trois compagnons ſeront réduits, ſi *Titius* doit avoir un droit de ſuffrage, à proportion de ſa part aux fraix. Le principal point auquel il faut, ce me ſemble, avoir égard dans le droit de ſuffrage, c'eſt d'empêcher que l'un des aſſociés, ou une partie des aſſociés, ne ſoit pas mis dans le cas de pouvoir faire tourner à ſon avantage particulier, ce qui ne devoit faire que l'objet du bien général; & que l'un des aſſociés, ou une partie des aſſociés, ne ſoit pas mis dans le cas de pouvoir ſe donner une ſuperiorité ſur les autres, incompatible avec le but de l'aſſociation. Par exemple, les villes de la Hollande, & les Provinces même, connues ſous le nom de *Provinces-Unies*, ont des intérêts différents par rapport au commerce: ſuppoſé maintenant qu'une des Provinces, ou une des villes, eut un droit de ſuffrage ou qu'elle eut une influence, qui put opérer, que dans un traité de commerce, on eut plus d'égard à l'intérêt de cette Province ou de cette ville, qu'à celui des autres Provinces ou villes, ce droit de ſuffrage ſeroit nuiſible & ne répondroit pas au but de l'aſſociation. Les villes de la Hollande, qui ont voix aux Etats, ont chacune une voix. Le corps des Nobles, qui repréſente le Plat-Pays, n'en a qu'une: s'il n'y a rien qui remplace ou corrige cette inégalité entre le corps des Nobles & le corps des villes, celui-là ne ſera-t-il pas à la diſcrétion de celui-ci; & l'intérêt du Plat-Pays pourra-t-il être ſoutenu dans les occaſions, où il y aura quelque conflict d'intérêts?

§. DCCCXLVI. (*l*) Il eſt vrai que les conventions, par leſquelles on regle une fois pour toutes les moyens de remplir le but de la ſociété, ſont des loix: mais il ne s'enſuit point, que toutes les loix d'une ſociété ſoient des conventions: c'eſt à quoi il faut bien prendre garde: car il n'eſt pas vrai, que toutes les loix empruntent leur vertu ou leur force du conſentement des aſſociés; & il n'eſt pas univerſellement vrai, qu'une ſociété peut, quand elle le veut, changer & abroger ſes loix; & en faire de nouvelles. *Titius*, par exemple, contracte une ſociété avec *Sempronius*, *Cajus*, *Sejus* & *Servius*: il eſt ſtipulé, que *Titius* aura la geſtion de telles & telles affaires; & que pour ſes foins & ſa peine on lui donnera annuelle-

Des secours mutuels. §. DCCCXLVIII. On appelle *secours* les actes, par lesquels nous concourons au fait d'un autre, ou nous avançons son bien. Ainsi un *secours mutuel* est celui, que deux ou plusieurs personnes s'accordent l'une à l'autre. Donc *les associés sont obligés de se secourir mutuellement* (§. DCCCXXXVII.).

Des sociétés illicites. §. DCCCXLIX. *Si le but de la société est illicite, la société est aussi illicite* (§. XLIX.). Or *d'une société illicite il ne peut naitre ni droit, ni obligation.*

Comment on doit considérer les sociétés. §. DCCCL. Puisque dans une société les associés réunissent leurs forces pour agir (§. DCCCXXXVI.), *chaque société doit être considérée comme une personne morale.* C'est pourquoi puisque les hommes sont naturellement libres (§. LXXVII.), & qu'en contractant une société, ils s'obligent seulement les uns envers les autres, & non envers d'autres, qui sont hors de la société (§. DCCCXXXVI.), *chaque société est naturellement libre.* Et par conséquent *plusieurs sociétés différentes doivent être considérées, comme autant de personnes particulieres libres.*

De la perfection de la société. §. DCCCLI. Comme les actions de tous les associés doivent tendre au but de la société (§. DCCCXXXVI.), *la perfection de la société consiste dans l'aptitude à parvenir à ce but* (§. IX.), *on doit* donc *l'estimer par la suffisance des forces que les associés réunissent.* Il suit de-là que, *pour former une société quelconque, il faut un tel nombre de personnes, & qu'elles soient telles que cela suffise pour parvenir au but de la société.*

Quand il est permis de se retirer de la société. §. DCCCLII. Puisque le but de la société, entant qu'on y parvient, est le bien commun de la société (§. DCCCXXXVII.), *si l'on fait quelque chose qui soit contraire au but de la société, on cause du dommage à la société* (§. CCLXIX.); c'est pourquoi, puisqu'*aucun des associés ne doit causer du dommage à la société* (§. DCCCXXXVII.), *il n'est pas permis de se retirer de la société au dommage des associés, & même si l'on en est ainsi convenu, il n'est jamais permis de s'en retirer sans le consentement des associés* (§. CCCCXXXVIII.). Mais *il est permis de se retirer de la société, en mettant à sa place un autre associé aussi propre à la remplir*, puisque par là on ne cause aucun dommage à la société. (*m*)

De l'exclusion qu'on peut donner à un associé. §. DCCCLIII. Puisqu'*un associé* manque à la convention, sur laquelle la société est fondée (§. DCCCXXXVI.), *s'il ne veut pas faire ce à quoi il est obligé, en vertu de la société* (§. CCCCXLII.), *il est permis* par cette raison *de l'exclure de la société.* Et *si un des associés veut que tout se fasse à son gré*, puisqu'alors il veut ôter aux autres leur droit (§. DCCCXLI.), ce qu'ils ne sont point obligés de souffrir (§. C.), *il est permis de l'exclure, ou il est permis à celui qui ne veut pas souffrir cela, de se retirer de la société.*

lement mille livres: cette société ainsi faite, *Sempronius*, *Cajus*, *Séjus* & *Servius* ne feront plus les maitres de changer à la pluralité des voix un arrangement, sur lequel *Titius* a un droit acquis: cela ne pourroit se faire que du consentement de *Titius*. Les conventions, ou les loix fondamentales d'une société, ne peuvent être changées, que du consentement de toutes les parties intéressées; parce que personne ne peut disposer du droit d'un tiers, si celui-ci n'y consent.

§. DCCCLII. (*m*) Le Droit Romain donnoit toujours le droit d'abandonner une société, moyennant qu'on indemnisât l'associé, s'il en souffroit quelque dommage: il n'en souffre point, dit notre Auteur, si on le remplace par quelqu'un également propre: cela est vrai: mais à qui sera-ce d'en juger?

CHA-

CHAPITRE II.

Du mariage, ou de la société conjugale. (†)

De l'obligation de conserver le genre humain, & du commerce permis entre les deux sexes.

§. DCCCLIV. Le genre humain étant divisé en deux sexes, pourvus d'organes qui les rendent propres à conserver leur espèce, & les hommes étant d'ailleurs, comme les autres animaux, portés par la nature à l'union requise entre les deux sexes, pour produire leurs semblables, *les hommes, considérés en général, sont obligés de conserver leur espèce, & chacun est obligé de ne point desirer de s'unir avec une personne d'un autre sexe, à moins que ce ne soit pour produire son semblable* (§. XLIII.) Par conséquent *toute conjonction qu'on desire pour le plaisir seul, & tout usage des organes de la génération dans le même but, est illicite.* Ainsi toute conjonction avec une personne libre, prostituée ou non, tout commerce avec les bêtes, ou avec des personnes de même sexe, *tout acte*, en un mot, *qui n'a pour but que le plaisir est défendu par la loi naturelle, &* par conséquent *est naturellement illicite* (§. XLIX.). (*n*)

De l'éducation des enfants, & de la maniere de perpétuer le genre humain.

§. DCCCLV. Les enfants en naissant, ne sont pas capables de pourvoir par eux-mêmes aux choses, dont ils ont besoin pour leur conservation, & de déterminer leurs actions selon la loi naturelle, ou de mener par eux-mêmes une vie d'homme. C'est pourquoi puisque les hommes doivent conserver leur espèce (§. DCCCLIV.), *ceux qui mettent des enfants au monde, doivent aussi les mettre en état de mener une vie d'homme*, par conséquent puisqu'on appelle *éducation* les soins qu'on se donne pour cela, *ceux qui mettent des enfants au monde, doivent aussi leur donner l'éducation*, ou *les élever.* D'où il suit, que *celui qui met un enfant au monde*

(†) CHAP. II. La Société la plus intime est celle que l'homme & la femme font, pour se reproduire & pour unir tous leurs intérêts: elle est aussi la plus universelle, parce qu'elle tient à la nature de l'homme, & qu'elle embrasse tout ce que l'homme peut avoir de plus cher: rien donc de plus naturel que l'ordre que l'Auteur observe ici. Il a exposé les caracteres communs à toutes les sociétés; il va nous tracer ceux qui distinguent la société conjugale de toute autre, pour en faire connoitre les droits & les devoirs particuliers.

§. DCCCLIV. (*n*) Ce paragraphe est destiné à indiquer les fondements du lien conjugal. Notre Auteur y représente l'homme comme un être, propre & porté à se reproduire; de-là il déduit que les hommes, généralement pris, sont obligés de conserver leur espèce; & que chacun en son particulier est obligé de ne se porter au commerce charnel, que dans la vue d'engendrer des enfants. Sans rechercher si des motifs, pris dans l'état particulier de chaque homme, ne dementiroient point la regle que notre Auteur avance ici universellement, je remarquerai seulement qu'elle ne resulte point des premisses, dont il la tire. L'homme est en état de se reproduire; il y est porté comme les autres animaux; donc les actes, qu'il peut faire pour se reproduire ne doivent être faits qu'à cette fin: voilà, si je ne me trompe, à quoi revient dans le fonds son raisonnement, & ce raisonnement n'est pas plus fondé en logique que celui-ci. L'homme a des mains pour se défendre: il est porté à se défendre contre quiconque l'attaque; donc il ne doit employer ses mains, que pour se défendre contre quiconque pourroit l'attaquer. Ce que l'Auteur enseigne ici si universellement, est même, pris universellement, si peu vrai, que supposé qu'un homme & une femme se trouvassent seuls dans une isle, & qu'ils fussent moralement sûrs qu'ils n'auroient point d'enfants par le commerce charnel, cela ne pourroit jamais les nécessiter à une abstinence, dont personne ne retireroit du fruit, & qui d'ailleurs pourroit nuire à leur santé: car les actions naturelles de l'homme, sont tellement liées entre elles, qu'on ne peut souvent en omettre sans nuire à sa santé, comme d'un autre côté on ne peut souvent en commettre sans y nuire.

de par un commerce illicite, doit aussi l'élever. Et puisque l'éducation exige les soins, & l'industrie de la *Mère & du Père*, l'un & l'autre *doivent contribuer autant qu'ils le peuvent à l'éducation de leurs enfants.* Puis donc qu'on appelle *commerce vague* *, celui qu'une femme permet à chacun indifféremment, & que le père d'un enfant né d'un tel commerce est incertain, *il n'est point permis de perpétuer le genre humain par des commerces vagues*; par conséquent *l'homme & la femme doivent former une société, pour mettre des enfants au monde, & pour les élever* (§. DCCCXXXVI.).

* concubitus promiscuus.

Le mariage ce que c'est, & quels sont ceux qui peuvent le contracter.

§. DCCCLVI. La société formée entre un homme & une femme, pour mettre des enfants au monde, & pour les élever s'appelle *société conjugale*, ou *mariage*. C'est pourquoi *ceux qui sont hors d'état ou par l'âge, ou par quelque défaut corporel de mettre des enfants au monde, ne doivent point contracter de mariage, & s'il se forme une société entre un homme & une femme pour quelqu'autre sujet*, comme pour s'aider mutuellement dans leurs affaires domestiques, & dans les autres circonstances de la vie, *cette société n'est point proprement un mariage.* (*o*)

§. DCCCLVII.

§. DCCCLVI. (*o*) Notre Auteur a prouvé dans les deux paragraphes précedents, que l'homme & la femme sont obligés de concourir à la conservation de l'espèce humaine, & d'élever les enfants qui leur viennent: de plus, il croit avoir prouvé, que personne, soit homme soit femme, ne doit se porter au commerce charnel, que dans la vue de se donner par là des enfants, car il paroit que c'est dans ce sens qu'il se sert ici du mot latin *soboles*: ceci posé, il en déduit dans ce paragraphe-ci, que la société entre l'homme & la femme, contractée à la fin de se donner des enfants & de les élever, est celle que l'on nomme *société conjugale*, *mariage*: il y ajoute, que toute société entre l'homme & la femme, dont le but n'est point de se donner des enfants & de les élever, n'est pas un mariage. On ne peut assurement lui contester cette derniere proposition, dès qu'on a adopté la définition, qu'il donne du lien conjugal. Mais est-il bien vrai, que le mot *mariage* désigne précisement & uniquement l'état, que notre Auteur indique par sa définition? La signification des mots est arbitraire, je le veux: mais n'a-t-on pas tort de s'écarter du sens, dans lequel ils sont vulgairement reçus? Le lien conjugal est indiqué dans le Droit Romain, par un passage du Jurisconsulte MODESTIN, où il dit: *Nuptiæ sunt conjunctio maris & fœminæ, & consortium omnis vitæ: divini & humani juris communicatio*, passage dans lequel le Jurisconsulte a voulu exprimer cette intimité, cette communication & association de sentiments & d'intérêts, que l'on doit supposer entre l'homme & la femme, dès qu'ils s'unissent par un lien, qui peut servir à perpétuer leur existence dans leur postérité. Or quoique ce lien suppose la volonté & le devoir de se donner des enfants & de les élever, lorsque de part & d'autre on a les dispositions nécessaires, ce lien ne se borne pourtant point à cela, & il n'en resulte point que ceux, qui par leur âge, ou par infirmité, ou par quelque vice, soit naturel, soit accidentel, sont destitués de la faculté de se donner des enfants, ne puissent former le lien, indiqué par MODESTIN, & que JUSTINIEN nomme *individuæ vitæ consuetudo*. Cet Empereur définit le mariage: *Nuptiæ autem, sive matrimonium est viri & mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens.* §. 1. *Inst. de pàt. potest*: & cette définition me paroit plus générique, parce que le *viri & mulieris conjunctio* suppose l'effet du penchant que l'homme a à se reproduire, & à conserver les fruits de leur union; & que cette union borne, tant par rapport à l'homme que par rapport à la femme, cette société à un seul homme & à une seule femme; outre que l'*individua vitæ consuetudo*, ne peut avoir lieu entre un homme & deux ou plusieurs femmes: l'expression de *viri & mulieris* indique même cette limitation; & il étoit assez inutile, que le Droit Canon y ajoutât le *divini & humani juris communicatio* du Jurisconsulte MODESTIN. *Inst. Jur. Can. L.* II. *T.* IX. *princ.* Il n'est rien dans la définition que l'Auteur donne du lien conjugal, que l'on ne puisse déduire de celle de JUSTINIEN; & d'un autre côté, celle de notre Auteur ne me paroit ni assez suffisante ni assez complette, pour en tirer tous les devoirs & tous les droits attachés à ce lien intime. Notre Philosophe, il est vrai, a taché de les en déduire: ses démonstrations sont très-ingénieuses & méritent d'être lues; mais tout ingénieuses qu'elles sont, il est facile d'y reconnoitre des moyens de prouver, qui rendent le défaut de la définition sensible. Par exemple, pour nous convaincre que l'homme ne doit avoir de commerce charnel, qu'avec une seule femme, il en appelle aux calculs & à l'ex-

§. DCCCLVII. Puiſqu'on ne doit contracter un mariage, ou ſe marier, que pour mettre au monde & pour élever des enfants (§. DCCCLV. DCCCLVI.), & qu'il eſt certain, par l'expérience domeſtique, que la *monogamie*, c'eſt-à-dire, le mariage contracté entre un ſeul homme, & une ſeule femme, pourvoit abondamment à la propagation du genre humain, & qu'elle eſt en même temps ce qui convient le mieux pour l'éducation des enfants (§. DCCCLV.), & que nous voyons d'ailleurs une image du droit de la nature dans les brutes, lorsque le mâle & la femelle doivent concourir à l'éducation des petits, *il n'eſt pas douteux, qu'il ne ſoit conforme à la loi naturelle, que le mariage ſe contracte entre un ſeul homme & une ſeule femme;* par conſéquent la *polygamie*, c'eſt-à-dire, le mariage contracté entre une ſeule perſonne & pluſieurs, *eſt peu conforme à la loi naturelle, & ſi on la contracte pour le plaiſir ſeul, elle eſt manifeſtement illicite* (§. DCCCLIV.). (*p*)

Si le mariage doit se borner à la monogamie.

§. DCCCLVIII. Ceux qui ont contracté un mariage, s'appellent d'un nom commun les *conjoints*, ou les *époux*, & l'un en particulier le *mari* & l'autre la *femme*. *Quand on contracte un mariage, l'homme s'oblige envers la femme, & la fem-*

De l'obligation & du droit mutuel des conjoints.

l'expérience. Les calculs prouvent, qu'il naît à-peu-près autant de garçons que de filles, & l'expérience nous apprend que, généralement pris, le commerce avec pluſieurs femmes, ne fait pas naître un plus grand nombre d'enfants, que celui d'un ſeul homme avec une ſeule femme; outre que le commerce d'un homme avec une femme ſuffit pour conſerver & perpétuer l'eſpèce humaine: mais ces raiſons n'étant pas priſes de la définition que l'Auteur donne du mariage, notre Auteur doit avoir ſenti lui-même, que ſa définition n'exprime point tous les caractères, par leſquels les devoirs & les droits, dont il eſt ici queſtion, doivent être déduits. Obſervons encore que le devoir de converſer charnellement, en eſt un qui dépend des circonſtances dans leſquelles on ſe trouve, & que l'on peut appeller pour cela hypothetique ou conditionnel: une conſtitution plus ou moins robuſte, une ſanté plus ou moins foible, une diſpoſition plus ou moins favorable à l'état du mariage, feront varier ſur ce ſujet les devoirs à l'infini: ainſi les différentes ſituations dans leſquelles l'homme peut ſe trouver, ne permettront pas non plus ſur ce point, qu'on admette quelque principe univerſel: l'homme eſt en état de ſe donner des enfants, donc il eſt obligé de le faire, cela eſt vrai dans un ſens: mais cela ne l'eſt pas dans un autre ſens. L'homme eſt obligé de ſauver un autre prêt à ſe noyer, cela eſt vrai auſſi: mais il eſt déchargé de ce devoir, dans le cas particulier que d'autres en rempliſſent le but. Notre Auteur nous donne lui-même lieu de faire ces reflexions, lorsqu'il dit §. DCCCLIV. *homines* UNIVERSIM *ſpectati obligantur ad ſpeciem ſuam conſervandam.*. J'ajoute que même, par rapport aux actes de génération, le but ne peut ſe borner entre mari & femme, à avoir des enfants & à les élever: ce but doit s'étendre à tout ce qui peut former une famille, & à toutes les liaiſons, qui reſultent premièrement de la coëxiſtence de pluſieurs enfants, & de l'exiſtence ſucceſſive d'une poſtérité: or on verra par la ſuite, que la définition que l'Auteur donne du mariage, n'eſt nullement propre à faire connoitre ces devoirs & ces droits.

§. DCCCLVII. (*p*) Le contenu de ce paragraphe confirme d'abord les remarques, que je viens de faire ſur la définition que l'Auteur a donnée du mariage. Il veut prouver, que l'homme ne doit avoir qu'une femme & la femme qu'un mari: ſes raiſons ne ſont pas priſes de ſa définition, mais d'ailleurs. Sont-elles concluantes? Je ne le vois point: car quand même l'expérience prouveroit, que la monogamie ſuffit abondamment pour conſerver l'eſpèce humaine, il ne s'enſuivroit pas, qu'on feroit mal de la multiplier & de l'augmenter encore davantage: ceci étant licite, & poſé que la polygamie put ſervir à multiplier & à augmenter l'eſpèce humaine, la polygamie ne pourroit pas être illicite, en adoptant même les principes de notre Auteur, & la comparaiſon qu'il fait des hommes aux brutes: comparaiſon cependant qui me paroit peu convenable, lorsqu'on doit démontrer des droits & des devoirs de l'homme. Remarquez qu'il n'eſt pas ici queſtion, ſi un homme & une femme peuvent moralement former un contract, à la fin unique d'avoir des enfants & de les élever: ni ſi ce contract donne lieu à des devoirs & à des droits particuliers entre l'homme & la femme, qui ſe ſont ainſi liés; ni encore ſi on peut donner à cet état un nom particulier, pour le diſtinguer de tout autre: ce n'eſt pas cela de quoi il eſt ici queſtion, mais ſi, en nommant cet état *mariage*, on ne s'éloigne point du ſens ordinaire de ce mot; & ſi l'on peut en déduire, comme on devroit pouvoir

femme envers l'homme à s'accorder mutuellement, & à eux seuls, l'usage respectif de leur corps pour mettre des enfants au monde, & tous deux à contribuer autant qu'ils le peuvent à l'éducation des enfants (§. DCCCLVI. DCCCLV.); par conséquent *l'homme transfere à la femme, & la femme à l'homme, chacun le droit sur son propre corps quant à cet usage* Puis donc que le droit d'un des conjoints se trouve violé, *si l'un d'eux a commerce avec une autre personne* (§. LXXXIII.), *il fait une injure à l'autre conjoint* (§. LXXXVII.), & *manque à la convention*, par laquelle le mariage a été contracté (§. DCCCXXXVI. DCCCLVI. CCCCXLII.). (*q*)

Adultère s'il est illicite. §. DCCCLIX. On appelle *adultère* le commerce d'un des conjoints avec une autre personne soit libre, soit mariée, à l'insçu de l'autre conjoint, & malgré lui, „ & celui qui a ce commerce s'appelle aussi *adultère*." *L'adultère est* donc *illicite*. Cependant *l'adultère est obligé d'élever les enfants nés de son adultère* (§. DCCCLV). (*r*)

Du concubinage. §. DCCCLX. On appelle *concubines* des femmes qu'un mari a outre sa femme, pour avoir commerce avec elles. Puisque dans *le concubinage* on se propose principalement le plaisir, il est clair qu'il *est naturellement illicite* (§. DCCCLIV.), & *le commerce avec une concubine ne differe pas de l'adultère* (§. DCCCLIX.).

Des différentes especes d'enfants. §. DCCCLXI. On appelle *légitimes* les enfants nés d'un mariage, ceux qui sont nés hors du mariage, soit de l'adultère, soit du commerce avec une personne libre, prostituée ou non, s'appellent *illégitimes*, *bâtards*, ou *enfants naturels*, & l'on donne en particulier le nom d'*adulterins* à ceux qui sont nés d'un adultère. (*)

De la pudicité & de la virginité, & du droit de la défendre. §. DCCCLXII. On appelle *pudicité*, ou *chasteté* l'éloignement pour tout commerce illicite, *impudicité* ou *incontinence*, le penchant pour les commerces illicites; & *virginité* l'état d'une personne qui n'a jamais eu de commerce avec une personne d'un autre sexe: elle *se perd* donc *dans la premiere conjonction*. Il paroit donc que,

voir le faire, tous les droits & tous les devoirs, attachés à l'état que l'on désigne communement par état conjugal ou mariage. Soient l'homme & la femme dans l'obligation de concourir, à se donner des enfants & à les élever; s'ensuit-il de-là, que l'homme doive se contenter d'une femme, & que la femme ne doive avoir commerce qu'avec un seul homme? J'accorde que l'homme peut contracter avec une femme, à la fin de se donner des enfants & de les élever, s'ensuit-il, que l'homme ne puisse faire un semblable engagement avec une autre femme? Si ce second lien est moralement possible, la polygamie sera permise; il sera permis à un seul homme de contracter à la fois plusieurs mariages, le mot *mariage* pris dans le sens que notre Auteur lui donne: mais il ne le sera point, dès qu'on adopte la définition de JUSTINIEN, parce que l'*individua vitæ consuetudo* exclut de part & d'autre un second engagement. A bien considérer ce que le mot *mariage* désigne, suivant l'idée généralement reçue, on trouvera qu'il renferme essentiellement des devoirs & des droits, que les conjoints se reservent, & qui sont exprimés dans la définition de JUSTINIEN par *individua vitæ consuetudo*. Quant à la question, si la polygamie est permise ou non, on sait qu'elle a été vivement agitée par des Auteurs très-célebres; qui n'ont pas peut-être fait assez d'attention, que la proposition étant indéterminée, parce qu'elle dépend des circonstances, ou de l'idée qu'on se forme du lien conjugal, n'admet point par cela même aucune solution. Voici entre autres ceux que l'on peut consulter, si l'on est curieux de voir comment on a soutenu le pour & le contre, BUDÆUS *in Theolog. mor. P.* II. *C.* III. *Sect.* VI. §. 9. BAILE au mot *Lisser*. THOMASIUS *Jurisp. div. L.* III. *C.* II. §. 200, & *seqq.* HOCHSTETTERUS *Coll. Puf. Ex.* IX. §. 12. HUBER *de Jur. Civ. L.* II. *S.* I. *C.* III. § II. & *seqq.* VELDHUIZEN *Oper. T.* I. *p.* 208 & *seqq.* WALCHIUS *in Lexic. Philos. p.* 2038. & *seqq.* HEINECCIUS *Elem. Jur. Nat. & Gent. L.* II. §. 37. PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* VI. *Ch.* I. §. 16. GROTIUS *Dr. d. l. G. & d. l. P. L.* II. *Ch.* V. §. 9. & les Commentateurs sur ces deux Auteurs: sur-tout OTTO & TREUER dans leurs notes au §. 5. de PUFENDORF *de Off. Hom. & Civ.* où l'on trouve encore d'autres écrits cités.

§. DCCCLVIII. (*q*) Ce paragraphe est destiné à faire connoitre un des caractères les plus es-

que, *si l'on fait violence à une vierge, on lui ravit sa virginité; si c'est à une veuve ou à une femme mariée, on lui ravit sa pudicité*, par conséquent *une vierge a le droit de défendre sa virginité, & une veuve ou une femme mariée a celui de défendre sa pudicité* (§. XLVI. XC.), *& ce droit est infini* (§. XCIV.), par conséquent *il leur est permis de tuer un homme qui veut les violer, si le danger ne peut être évité autrement.*

§. DCCCLXIII. Puisque *le mariage* se contracte par une convention (§. DCCCLVI. DCCCXXXVI.), il *reçoit naturellement sa perfection du consentement mutuel de l'homme & de la femme* (§. CCCCXXXVIII.), par conséquent *sa consommation*, c'est-à-dire, la conjonction, telle qu'elle est requise pour la génération, *peut suivre d'abord la déclaration mutuelle du consentement.* *Comment le mariage reçoit sa perfection.*

§. DCCCLXIV. On appelle *fiançailles* ou *épousailles*, la convention par laquelle on se promet mutuellement de contracter un mariage, & les personnes qui ont contracté s'appellent le *fiancé*, & la *fiancée*. C'est pourquoi *les fiançailles produisent une obligation de contracter le mariage, selon qu'on en est convenu* (§. CCCXCIII.), *cependant les fiançailles peuvent se dissoudre par un dissentiment mutuel* (§. CCCCXLIV.), & *s'il y en a eu deux, les premieres ont la préférence* (§. CCCCXXI.), *si* cependant *la personne, au préjudice de qui les secondes fiançailles ont été faites, remet son droit*, ce qu'elle peut faire (§. CCCXLII.), *les secondes fiançailles deviennent valides* (§. CCCXXXVII.). Il paroit au reste que, *si des personnes non mariées consentent à s'unir charnellement, naturellement elles ont contracté actuellement un mariage* (§. DCCCLXIII.). Puisqu'en contractant *les fiançailles*, on promet de se marier, elles *peuvent se faire en autant de manieres qu'il y en a de promettre, & ce que nous avons démontré touchant les promesses doit s'appliquer ici.* *Des fiançailles.*

§. DCCCLXV. On appelle *arrhes des fiançailles*, celles que le fiancé donne à la *Des arrhes des fiançailles, & des présents de nôces.*

essentiels du mariage; qu'on regarde même communément comme le plus essentiel, & que l'on nomme pour cela *foi conjugale*; il consiste dans le devoir des Conjoints à n'avoir de commerce charnel qu'entre eux. Le raisonnement, dont notre Philosophe se sert pour le prouver, attribue à la définition qu'il a donnée du mariage, une conséquence, qui n'en resulte point; qu'on est du moins en droit de lui contester, & qu'il n'a point demontrée: savoir, que par-là qu'un homme & une femme prennent un engagement, à la fin de se donner des enfants & de les élever, ils s'engagent à n'avoir aucun commerce charnel avec un autre: je doute même, que l'on se contente des arguments qu'il a employés sur ce sujet dans son grand Ouvrage, *P.* VII. §. 293. & après les reflexions générales que j'ai faites ci-dessus, je crois pouvoir me dispenser d'en faire de particulieres.

§. DCCCLIX. (*r*) L'*adultère* est proprement le commerce charnel, exercé avec quelqu'autre qu'avec celui ou celle auquel ou à laquelle on s'étoit engagé de ne l'avoir qu'avec lui ou elle uniquement; il suppose que celui ou celle qui s'y est livré, a blessé un lien qui le devoit retenir, & l'en empêcher, suivant ce qui a été dit dans le paragraphe précedent. Ainsi l'adultère ne peut avoir lieu que dans les cas, dans lesquels le contract de mariage emporte un engagement de la part de l'homme & de la femme à ne converser charnellement qu'entre eux: or j'ai fait voir ci-dessus que la définition, que l'Auteur a donnée du mariage, n'emporte point cet engagement; conséquemment c'est à tort qu'il en conclut dans ce paragraphe-ci, que celui ou celle des conjoints, qui à l'insu ou malgré l'un d'eux, se livre à un commerce charnel d'ailleurs, commet adultère: & ceci prouve en même temps que notre Auteur s'est trompé, lorsqu'il a cru pouvoir en déduire les droits & les devoirs, qu'on y attache ordinairement. La définition de JUSTINIEN remplit mieux ce but.

(*) Nous ne traduisons pas littéralement ce paragraphe de Mr. WOLF, qui distingue les enfants non légitimes en deux classes, *spurii*, & *vulgo quæsiti*, qui portent également le nom de *batards* en françois. Les derniers sont ceux qui sont nés d'une femme prostituée, les premiers sont nés d'une femme qui ne l'est pas, soit par adultere, soit autrement hors du mariage. R. d. T.

la fiancée, ou la fiancée au fiancé. Et l'on appelle *présents de nôce*, les dons que fait une personne fiancée à l'autre, pour lui témoigner son amour. *On donne donc les arrhes pour prouver & confirmer les fiançailles* (§. DCXIX.), *& si l'on en transfere le domaine, elles sont en même temps des présents de nôce* (§. CCCCLXXV.). Puisque *les présents de nôce* se donnent dans l'espérance de la consommation du mariage, ils *sont censés donnés sous la condition tacite qu'on les restituera, s'il arrive que le mariage ne se consomme pas, à moins qu'on ne s'en explique autrement* (§. CCCXVIII.); par conséquent *si les fiançailles se dissolvent, il faut restituer les arrhes & les présents de nôce.*

De la cohabitation & de l'économie conjugale.

§. DCCCLXVI. On appelle *choses domestiques*, ou *choses du ménage*, celles dont on se sert pour la nécessité, l'utilité & l'agrément de la vie, & leur administration s'appelle *économie*. Puisque les conjoints ne peuvent mettre des enfants au monde, sans avoir commerce l'un avec l'autre, qu'ils doivent donner leurs soins en commun à l'éducation de leurs enfants (§. DCCCLV.), & qu'ils doivent par conséquent conjointement pourvoir aux choses nécessaires à la vie, & faire les dépenses nécessaires pour l'éducation (ibid.), *ils doivent* donc *cohabiter & avoir une économie commune, & l'un & l'autre doivent contribuer à acquérir & à conserver les choses domestiques, autant qu'ils le peuvent.* C'est pourquoi *l'usage des choses acquises par l'un & l'autre est commun, autant que cela suffit pour l'économie commune, cependant les choses qui ne se consument pas par l'usage restent en propriété à chacun.* Il paroit au reste par là, que *la femme* aussi *doit, autant qu'elle le peut, acquérir les choses nécessaires pour l'économie commune, & pour l'éducation des enfants.* (*s*)

§. DCCCLXVII.

§. DCCCLXVI. (*s*) L'Auteur, marchant toujours en avant, tache dans ce paragraphe-ci de prouver, par la nature du contract de mariage, que les conjoints sont obligés à avoir une œconomie commune, & à se communiquer leurs biens; enfin à concourir mutuellement à produire entre eux cet état, que l'Empereur a indiqué par l'*individua vitæ consuetudo :* si l'on prend la peine d'examiner l'argument, dont il se sert ici, & ceux qu'il employe pour la même fin, dans son grand Ouvrage, *Part.* VII. §. 433. *& suiv.* je doute qu'on les trouve solides. Il me paroit du moins, que, si le mariage consiste dans un contract, dont la fin est uniquement de se donner des enfants & de les élever, il n'en resulte pas essentiellement, que l'homme & la femme soient tenus d'avoir un menage commun: différentes circonstances pourront même justifier tout autre arrangement: mais si à l'union de l'homme & de la femme, par laquelle est désigné cet état que notre Auteur nomme mariage, on ajoute l'*individua vitæ consuetudo*, une intimité d'intérêts, ces dispositions enfin que l'on désigne par le mot *amour*, quand deux jeunes personnes se recherchent non-seulement par une pente naturelle à se reproduire, mais dans la vue de concourir à tout ce qui peut les rendre reciproquement & mutuellement heureux; il s'en suivra, que des conjoints devront cohabiter ensemble & avoir une économie commune. Notre Auteur remarque dans son grand Ouvrage, *Part.* VII. §. 423. que la nature même a appris aux hommes, que ceux qui se lient ensemble, pour se donner des enfants & pour les élever, doivent avoir un menâge commun; & qu'à cause de cela, cette coutume a été généralement adoptée par les peuples: mais si la coutume de tous les peuples nous prouve, que ceux qui s'unissent par le mariage fixent un menage commun; s'en suit-il que cet usage soit une conséquence nécessaire du mariage, tel que notre Auteur le définit? ces peuples n'ont-ils pas pu penser, qu'on pouvoit à la vérité s'unir, pour avoir des enfants & pour les élever sans demeurer ensemble; mais qu'il valoit mieux que ceux, qui s'unissent par ce lien y ajoutassent aussi celui, que l'Empereur Romain nomme *individua vitæ consuetudo:* & que c'est même à cause de cela, qu'on ne s'est pas borné dans la définition du mariage à ce caractere unique, dont notre Auteur veut déduire tous les autres. Ne voit-on pas aussi, que, lorsque des personnes se recherchent pour l'état conjugal, ils ne bornent pas leurs desirs ni leurs intentions au seul but d'avoir des enfants & de les élever, & qu'ils se font toujours protestation de s'aimer, & de vouloir la félicité mutuelle de l'un & de l'autre? Et ce n'est pas encore

§. DCCCLXVII. Puisque chacun peut constituer un droit à son gré en faveur d'un autre sur ses propres choses (§. CCLX.), *la femme peut* aussi *constituer un droit à son gré sur ses biens en faveur de son mari*, tel, par exemple, que l'usufruit (§. DCCXIII.); & *le mari* de son côté *peut faire la même chose en faveur de sa femme.* Et même *ils peuvent faire les conventions qu'il leur plait, au sujet des biens qu'ils ont lorsqu'ils contractent le mariage, ou qui s'acquiérent pendant le mariage* (§. CXCV.), *ils peuvent convenir*, par exemple, *qu'ils seront communs.* (*t*) *Des choses des conjoints.*

§. DCCCLXVIII. On appelle *charges du mariage*, tous les frais qu'il faut faire à cause du mariage, par conséquent ceux qu'il faut faire pour l'économie commune & pour l'éducation des enfants (§. DCCCLXVI.), & puisque *le mari & la femme* doivent contribuer à ces dépenses chacun pour leur part, selon que les circonstances le permettent (ibid.), ils *doivent porter conjointement les charges du mariage chacun selon ses facultés.* *Des charges du mariage.*

§. DCCCLXIX. Puisque *les conjoints* cohabitent, & qu'ils s'accordent reciproquement, non-seulement l'usage de leurs corps, pour mettre des enfants au monde, mais aussi l'usage de leurs biens (§. DCCCLVIII. DCCCLXVI.); & qu'ainsi ils sont plus unis entr'eux, qu'ils ne le sont avec toute autre personne, *ils sont censés* aussi *s'être obligés l'un envers l'autre, à se rendre tous les devoirs d'humanité, dans lesquels*, puisqu'ici il se joint une obligation contractée à une obligation naturelle, *chacun des conjoints doit préférer l'autre à toute autre personne en cas de conflict*, & *ils ne peuvent se les refuser sans se faire une injure* (§. LXXXVII.), puisqu'entre les conjoints ils sont dus parfaitement (§. DCLXVII.). Et c'est dans la prestation de ces devoirs, & en même temps de ceux qu'ils doivent se rendre d'ailleurs à *De la prestation des devoirs d'humanité, & des secours mutuels.*

re à cela que se borne le but du mariage: *Præter hæc omnia*, (dit CALISTRATE *l.* 220. *ff. de verb. sign.*) *natura nos quoque docet parentes pios*, qui liberorum procreandorum animo & voto uxores ducunt, filiorum appellatione *omnes, qui ex nobis descendunt, contineri: nec enim dulciore nomine possumus nepotes nostros, quam* filii *appellare: etenim idcirco filios filiasve concipimus atque edimus, ut ex prole eorum, earumve diuturnitatis nobis memoriam in ævum relinquamus.* L'amour conjugal se porte a avoir lignée, à se perpétuer dans sa postérité, à se faire remplacer par une succession suivie de créatures, qui a leur tour, membres de la société humaine, servent à perpétuer l'espèce. En un mot, par quoi l'Auteur prouve-t-il que cette disposition mutuelle de l'homme & de la femme que l'on nomme *amour conjugal*, & qui doit faire la baze du lien conjugal, comme il en est la source & le principe, disposition qui ne se borne point au but de se donner & d'élever des enfants; par quoi, dis-je, l'Auteur prouve-t-il, que cette disposition n'entre pour rien dans l'effet, dont il parle, ou n'en soit proprement la cause? Les preuves d'ailleurs prises des coutumes des peuples, sont fort sujettes à caution. GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* V. §. 9. *n.* 7. observe, que la polygamie a été autrefois en usage parmi la plupart des peuples: & sûrement notre Auteur n'admettroit point la conséquence qu'on en tireroit, pour combattre sa doctrine sur la polygamie.

§. DCCCLXVII. (*t*) Ce qui est enseigné dans ce paragraphe doit être entendu sauf les devoirs, qui ne permettroient point cette libre disposition des biens. Un homme, par exemple, ou une femme, qui auroit des enfants d'un premier lit, pécheroit contre ses devoirs, en disposant de ses biens d'une façon préjudiciable aux enfants; & comme les hommes sont assez portés à oublier leurs devoirs, & à ne suivre que leurs desirs momentanés, c'est à la législation à les y rappeller & à prevenir les effets d'une passion mal ordonnée. Ainsi la loi des Empereurs LEON & ANTHEMIUS, que l'on trouve *in l.* 6. *C. de secund. nupt.* & par laquelle il est entr'autres défendu à un Veuf, & à une Veuve, ayant des enfants & contractant un nouveau mariage, de gratifier le conjoint d'une plus grande portion de ses biens, que ne seroit la part de l'enfant du premier lit; ou s'il y y en avoit plusieurs, de celui des enfants, qui auroit été le moins favorisé; cette loi, dis-je, bien loin d'être arbitraire, comme on pourroit le penser, est fondée sur les principes les plus clairs du Droit Naturel.

à cause du mariage, que consistent les *secours mutuels des conjoints* (§. DCCCXLVIII.). (u)

De l'empire ou de la puissance du mari. §. DCCCLXX. Puisque les obligations & les droits qui naissent de la convention, par laquelle on contracte le mariage, sont les mêmes de part & d'autre (§. DCCCLVI. & suiv.), *le mariage est une société égale* (§. DCCCXXXIX.), *& ce qui doit s'y faire doit se déterminer par un consentement commun;* par conséquent *l'empire conjugal* ou *l'autorité conjugale*, née de la société conjugale (§ DCCCXXXVIII.), *est réciproque entre les conjoints:* cependant comme la femme peut remettre son droit (§. CCCXLII.), *le mari peut acquérir cette autorité par une convention*, *soit expresse soit tacite*, entant que l'on consent tacitement à suivre l'usage, & alors *la femme est assujettie au mari* (§. DCCCXXXV.). (x)

Du divorce & des secondes nôces. §. DCCCLXXI. Les conjoints étant obligés à élever leurs enfants (§. DCCCLV.), *le mariage ne peut se dissoudre quand les enfants ne sont pas encore élevés* (§. CCCCXLIV. DCCCLVI.), par conséquent *il n'est ni permis au mari de congédier sa femme, ni à la femme de quitter son mari quand il leur plait* (§. CCCCXLIV.). Mais comme rien n'empêche qu'on ne dissolve le mariage, *si l'on n'a point encore d'enfants*, *ou si ceux qu'on avoit eus sont morts* (§. DCCCLVI.), dans ces cas *le mariage peut naturellement se dissoudre.* Puisque celui qui commet adultère, manque à la convention (§. DCCCLIX.), *le mariage peut être dissous pour cause d'adultère*, *sauf cependant l'obli-*

§. DCCCLXIX. (*u*) Dès qu'on accorde que le lien, qu'on forme pour se donner des enfants & pour les élever, ne doit avoir lieu qu'entre un seul homme & une seule femme; qu'il exige que les conjoints demeurent ensemble, qu'ils aient une économie commune; & qu'ils se communiquent leurs biens; on peut supposer qu'ils se sont engagés (*intelliguntur*, dit notre Auteur,) à remplir l'un envers l'autre mutuellement tous les offices d'humanité. Mais cette conséquence, fondée ici uniquement sur une supposition, resulte nécessairement de l'*individua vitæ consuetudo*, exprimée dans la définition que JUSTINIEN donne du mariage; & qui caractérise proprement l'effet qui doit resulter de cette disposition de l'ame, que l'on nomme *amour:* mot par lequel on indique un desir de contribuer de toutes manieres au bien-être de celui qui en est l'objet; & relativement à l'homme & à la femme une volonté constante, de se communiquer tout ce qui peut contribuer à augmenter leur félicité mutuelle, conséquemment à se rendre mutuellement tous les devoirs d'humanité: ce n'est donc pas une coutume bizarre ni déraisonnable, qui, dans la Province de Hollande, établit une communauté de biens entre mari & femme, dès que par contract de mariage ils n'en ont pas disposé autrement.

§. DCCCLXX. (*x*) Le mot *égalité* est peut-être employé ici dans un sens plus ou moins équivoque. Il est de la nature de toute société, qu'on ait égard à ce que les parties y contribuent, pour y conserver l'égalité: que celui qui a dix fois plus de fonds dans la société, en retire dix fois plus de fruits; que celui dont les talents valent cinq fois plus à la société, que ceux de chacun des autres associés, jouïsse d'un avantage à proportion, & ainsi du reste. De-là il s'ensuit, qu'une société ne peut être égale, & que les droits & les obligations ne peuvent être égaux, là où les facultés des associés sont inégales; & que les droits & les devoirs des associés devront nécessairement être différents, là où les facultés des associés le feront relativement au but de l'association. D'après cette reflexion on n'aura aucune peine à concevoir, que le lien conjugal emporte nécessairement une inégalité de droits & de devoirs entre les conjoints, vû que les facultés de l'homme sont très différentes de celles de la femme. „ La société la plus naturelle (dit GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* V. §. 8.) „ c'est celle du mariage. Ici la différence du sexe „ fait que l'autorité n'est pas égale." On fera bien cependant de voir comment notre Auteur raisonne sur cette matière, dans son grand Ouvrage *P.* VII. §. 481. *& seqq.*

(*) *Repudium.* Nous confondons ordinairement en françois ces deux mots, qui étoient distingués chez les Latins. R. d. T.

§. DCCCLXXI. (*y*) Il y a bien des remarques à faire sur ce qui est enseigné dans ce paragraphe. Si un mariage ne peut être dissous tant que l'éducation des enfants n'est pas achevée, & que ce soit là la raison pour laquelle un mari ne puisse à son gré repudier sa femme, ni la femme à son gré quitter son mari, ne s'ensuit-il point, que le mariage peut être dissous toutes les fois que l'éducation aura été remplie? La conséquence, il est vrai, peut se concilier avec l'idée que l'Au-

l'obligation d'élever les enfants légitimes, puisque perſonne ne peut ſe libérer de cette obligation par ſon fait (§. C.). Puisqu'encore un des conjoints qui abandonne l'autre malicieuſement, ou qui refuſe le *devoir conjugal*, c'eſt-à-dire, l'uſage de ſon corps, manque à la convention (§. DCCCLVI. CCCCXLIV.), *le mariage peut ſe diſſoudre pour cauſe de deſertion malicieuſe, & de refus du devoir conjugal. Dans l'état de nature il doit être permis à chacun*, en vertu de la liberté naturelle, *de diſſoudre le mariage à ſon gré* (§. LXXVIII.). Puisque par la diſſolution du mariage l'obligation des conjoints ceſſe (§. CCCCXLIV.), *l'un & l'autre peuvent contracter un mariage avec une autre perſonne*. Et comme il eſt évident en ſoi, que *le mariage eſt diſſous par la mort d'un des conjoints*, un veuf ou une veuve peut auſſi *convoler à de ſecondes nôces*, ou ſe remarier, par conſéquent *la polygamie ſucceſſive*, comme on l'appelle, *eſt permiſe*. La diſſolution du mariage s'appelle *divorce*, & celle des fiançailles s'appelle *répudiation* (*). Comme celui des conjoints qui ſurvit, ne peut être liberé de l'obligation d'élever les enfants nés du précedent mariage (§. XXXVIII.), *ſi l'on convole à de ſecondes nôces, le nouveau conjoint doit avoir ſoin des enfants nés du précedent mariage, & de ſubvenir de ſon bien aux frais de leur éducation, s'ils n'ont pas leur bien propre*, puisque le mariage n'a pu être contracté que ſous cette condition. (y)

§. DCCCLXXII.

l'Auteur donne du lien conjugal; mais ſe concilie-t-elle avec l'état du mariage tel qu'il eſt en effet, ou, ſi l'on veut, avec l'idée qu'on doit ſe faire du lien conjugal? Premierement ſur quels principes prétendroit-on établir, que l'homme pût jamais ſe trouver dans le cas de pouvoir *à ſon gré* repudier ſa femme, & la femme ſe trouver dans pareil cas vis-à-vis de ſon mari? Un lien formé par un conſentement mutuel peut-il être rompu au gré de l'un ou de l'autre des contractants? Qu'il y ait des enfants à élever ou qu'il n'y en ait point, que l'éducation des enfants nés du mariage, ait été accomplie ou qu'elle ne l'ait point été, n'eſt-il pas toujours également vrai que la diſſolution du mariage ne peut dépendre de la volonté ſeule & unique de l'un des conjoints; & qu'elle exige indiſpenſablement le conſentement mutuel de part & d'autre. En vain alleguera-t-on, que le mariage n'ayant d'autre objet que celui de ſe donner des enfants & de les élever, la ſociété conjugale ceſſe dès que ce but eſt rempli, & par cela même que ce but a été rempli; attendu que toute ſociété finit, & que tout droit & tout devoir entre des aſſociés ceſſent, dès que le but de la ſociété eſt rempli: car ce raiſonnement n'a de force, qu'autant qu'on borne le lien conjugal au but unique de ſe donner des enfants & de les élever; mais ſi l'on admet, comme conſéquences de ce lien, tous les devoirs & tous les droits matrimoniaux, que l'Auteur a expoſés dans ſon grand ouvrage, comme des ſuites de l'état de mariage, il ſera bien difficile de ſe perſuader, même en adoptant les principes de notre Auteur, que l'objet du mariage eſt rempli dès que les enfants ont été élevés. J'obſerve en ſecond lieu, que ſi la néceſſité d'élever les enfants doit être l'unique motif qui doive faire continuer la ſociété conjugale, il faudroit la diſſoudre toutes les fois que l'éducation des enfants en deviendroit meilleure: du moins s'enſuivroit-il, que l'un des conjoints pourroit à ſon gré le faire, dès que l'éducation des enfants n'en ſouffriroit pas. A la vérité notre Auteur paroit ſuppoſer, que le père & la mère doivent élever leurs enfants par eux-mêmes: il me paroit du moins, qu'il raiſonne en conſéquence de cette ſuppoſition; puisqu'en admettant que des enfants peuvent être élevés hors de la maiſon paternelle, & par une direction étrangere, toutes les conſéquences que l'Auteur déduit de l'obligation d'élever les enfants, & qu'il expoſe au long dans ſon grand Ouvrage, tombent d'elles-mêmes: or je n'ai trouvé nulle part, qu'un père & une mère ſoient obligés d'élever leurs enfants *par eux-mêmes*. Notre Auteur, quelque exact qu'il ſoit à ne rien avancer ſans preuve, n'en a pas, que je ſache, fourni de démonſtration: & cependant ſi l'on y prend garde on trouvera, que pluſieurs de ſes raiſonnements le ſuppoſent. L'expérience néanmoins ne parle point pour lui: il eſt très rare, qu'un père & une mère ſoient en état d'enſeigner à leurs enfants ce que ceux-ci ſont en état d'apprendre: & quand ils le feroient, il eſt plus rare encore qu'ils réuſſiſſent: outre que les différentes ſituations & les différents états des hommes, ne leur permettent presque jamais d'élever leurs enfants par eux-mêmes. Je ne parle point des enfants chez des peuples, qui ne connoiſſent d'autre occupa-

De l'obligation de reconnoitre l'enfant qui est né.

§. DCCCLXXII. Il est évident que *la mère est assurée que l'enfant est né d'elle.* On dit que *le père reconnoit l'enfant*, s'il déclare soit expressément, soit par le fait qu'il est né de lui, & *il est obligé à le reconnoitre*, *tant qu'il ne peut pas prouver qu'il est né d'un adultère.* Pareillement *celui qui avoue, qu'il a eu commerce avec une femme libre, dans le temps où on présume qu'elle a conçu*, étant obligé de détruire la présomption, *est obligé de reconnoitre l'enfant, jusqu'à ce qu'il ait prouvé, qu'elle a eu encore à faire dans ce temps-là avec un autre, ou avec plusieurs autres;* mais *s'il nie ce commerce, la femme doit le prouver*, savoir par la délation du serment, puisqu'il n'y a pas de témoins (§. DCCLXXXIII.).

De l'imputation des faits des parents & des enfants.

§. DCCCLXXIII. Puisqu'on ne peut imputer à personne le fait d'autrui, auquel

cupation que celle de la chasse & de la pêche, ou qui n'ont d'autre but dans l'éducation, que de rendre leurs enfants propres à la vie dont ils se contentent eux-mêmes; comme le font les sauvages, les paysans grossiers, ou ces artisans, qui de père en fils exercent le même métier: encore dans ces cas-ci, souvent un enfant seroit mieux élevé par une direction étrangere, que par celle de son père & de sa mère; mise à part même la diversité du génie, des dispositions & des talents, qui exigent des éducations différentes. J'observe en troisieme lieu, que l'obligation de ne pas rompre un lien si intime, & le droit de s'en dégager mutuellement, doivent être déduits de tout autres principes, que de ceux dont l'Auteur fait usage. Tant qu'un mariage n'a point donné d'enfants, l'homme & la femme sont vis-à-vis l'un de l'autre dans un état de pleine liberté: ce n'est que leur intérêt, ce ne sont que leurs besoins & leurs agréments mutuels, qui doivent & puissent les faire demeurer ensemble, comme ils ont formé le principe & la base sur lesquels ils se sont unis. Si après cela ils trouvent qu'ils ne se conviennent pas, ils peuvent dissoudre le lien contracté & se dégager mutuellement; ils devront même le faire: attendu qu'ils ne peuvent pas moralement rester dans un état, qui les empêche de remplir les devoirs auxquels ils sont tenus? En est-il de même lorsqu'il y a des enfants? L'existence de ces enfants ne produit-elle pas entre le mari & la femme, comme père & mère, une relation commune & relative aux enfants, née du concours de leurs volontés? & cette relation ne les oblige-t-elle pas de conserver un lien, qu'ils ne peuvent rompre sans détruire cette relation même, sur laquelle les enfants ont acquis par leur naissance un droit, qu'on ne peut leur ôter. Je conclus de-là, que, puisque cette relation subsiste tant qu'il y a des enfants, que leur éducation ait été remplie, ou qu'elle ne l'ait point été, l'accomplissement de l'éducation ne peut en aucune façon autoriser la dissolution du mariage. Et ce que je viens d'observer se rend plus sensible encore, si l'on fait attention aux relations, qui se produisent par une augmentation de famille. L'existence successive de l'espece humaine fait naitre différentes relations de Pere, de Grand-Pere, de Frere & d'Oncle; enfin toutes les relations qu'on nomme liens de famille: ces relations sont fondées dans la nature de l'espece humaine; elles appartiennent à l'ordre général; & aucun raisonnement philosophique ne peut les éteindre, quoique par abstraction on puisse raisonner comme si elles n'avoient pas lieu.

§. DCCCLXXIV. (z) Dès que l'on suppose aux Conjoints une volonté constante de se rendre la vie aussi douce & agréable qu'il soit possible; dès qu'on leur suppose une communauté de biens & d'intérêts, on ne voit pas par quelle raison l'un des deux pourroit donner quelque chose à l'autre, que celui-ci ne devroit point refuser d'accepter: mais si avant de contracter un mariage on a jugé convenable de partager l'intérêt des Conjoints, par raport à certains objets; si la communauté de leurs biens en a été, par exemple, exclue, le mari ou la femme peut se trouver dans une situation très inégale, par rapport aux biens de la fortune; & en ce cas on peut demander, s'il est contraire au lien conjugal, que l'un des Conjoints fasse à l'autre quelque donation? Notre Auteur prétend que non, & prétend que les Epoux peuvent se gratifier mutuellement, parce que, dit-il, *les donations dépendent de la libre volonté de celui qui donne:* il est vrai que les donations dépendent, par rapport à celui qui donne, de la libre volonté du donateur: mais cela suffit-il pour justifier une donation, prise relativement à celui qui l'accepte? Pour qu'une donation soit valide il faut que celui qui accepte ait eu droit d'accepter. „ S'il y a des personnes qui sont incapables de „ donner (dit Mr. PREVÔT DE LA JANNES dans „ ses *Principes de Jurispr. Franç.* T. II. p. 192.) il „ y en a d'autres qui sont incapables de recevoir: „ cette incapacité est absolue ou relative: l'incapacité absolue ne se trouve qu'en ceux qui sont „ tombés dans la mort civile, par la Profession „ Religieuse, ou par la condamnation à mort, &

quel il n'a point concouru (§. III.), *le fait d'un des conjoints ne peut être imputé à l'autre, qui n'y a point concouru, non plus que le fait des parents aux enfants, ou des enfants aux parents*, par conséquent, *un des conjoints ne peut point être puni pour le fait de l'autre, ni les parents pour le fait de leurs enfants, ou les enfants pour le fait de leurs parents*, par conséquent *si les enfants sont nés d'un commerce illégitime, cela ne peut leur être imputé, & naturellement il n'y a point de tâche qui passe de leurs parents à eux.*

§. DCCCLXXIV. Puisque *les donations* dépendent de la libre volonté de ceux qui les font (§. CCCCLXXV.), elles *ne sont pas illicites mutuellement entre les conjoints.* (z) *Des donations entre les conjoints.*

„ & aux galeres à perpetuité: l'incapacité relati- „ ve est fondée sur la présomption de la loi, qui „ regarde comme suggerées les donations, faites „ à ceux qui ont trop d'empire sur l'esprit du do- „ nateur. Sur ce principe, l'Ordonnance de „ 1539. annulle les donations faites directement „ ou indirectement aux tuteurs, curateurs & au- „ tres administrateurs, par les personnes qui sont „ en leur puissance & sous leur direction, &c." Les acceptations ne dépendant point de ceux qui veulent donner, il ne suffit pas, pour juger s'il est contraire au lien conjugal, que l'un des conjoints fasse à l'autre quelque donation, d'examiner uniquement, si l'un d'eux peut disposer de son bien, mais il faut examiner encore, s'il n'y a rien dans l'état conjugal qui empêche, que l'un des Conjoints accepte ce que l'autre veut lui donner. Qu'on se représente les différentes situations, dans lesquelles l'homme & la femme peuvent se trouver, & l'on verra qu'il y en a une infinité, où d'une part on pourroit donner & accepter de l'autre, & qu'il y en a une infinité d'autres qui ne le souffrent point. Ce n'est qu'en examinant toutes les circonstances, qui déterminent un cas & tous les principes qui y sont relatifs, qu'on peut se flatter de donner une juste décision de la proposition qui en resulte. Dire en général, que les donations sont licites entre mari & femme, parce que la donation dépend de la volonté de celui qui donne, c'est supposer qu'il ne peut y avoir de circonstance, de situation ou de relation quelconque, qui dans un cas particulier feroit cesser ce droit ou en empêcheroit l'effet: or combien de situations n'y a-t-il point, qui défendent à l'un des Conjoints d'accepter même ce que l'autre seroit d'intention de lui donner? Les Conjoints apportent en mariage tout ce qu'ils ont de biens: c'est-à-dire, ils mettent en société leurs biens mutuels pour leur subsistance & celle de leur famille: le but de ce lien est, qu'il ne soit rompu que par la mort de l'un des deux. Que leur importe donc, tandis qu'ils vivent, à qui des deux appartiennent les biens de l'un ou de l'autre; & à quoi servira la donation? Suivant le Droit naturel ils peuvent se gratifier par Testament, & notre Auteur enseigne qu'ils y sont en quelque maniere obligés: quel motif raisonnable pourra donc porter l'un d'eux à donner, & l'autre à accepter? Ainsi c'est une législation très sage qui défend les donations entre mari & femme; & les raisons que l'on en trouve dans les Digestes ne sont assurement pas à mépriser. *Moribus* (dit ULPIEN *l.* I. *ff. de don. int. vir. & uxor.*) *apud nos receptum est, ne inter virum & uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur; donationibus non temperanter, sed profusa erga se facilitate:* & le Jurisconsulte PAUL *l.* 2. *eod. Nec esset eis studium liberos potius educendi. Sextus Cæcilius & illam causam adjiciebat: quia sæpe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset; atque ea ratione eventurum, ut venalitia essent matrimonia;* & encore ULPIEN *l.* 3. *eod. Hæc ratio ex Oratione Imperatoris nostri Antonini [Augusti] electa est: nam ita ait: majores nostri inter virum & uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis æstimantes, famæ etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur: neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.* Aussi cette législation est-elle généralement adoptée dans les Etats policés.



CHAPITRE III.

De la parenté & de l'affinité. (†)

Des cognats, & de leur souche. §. DCCCLXXV. On appelle *cognats* ou parents ceux, qui par une suite continuelle de générations descendent les uns des autres, ou qui descendent d'une seule & même personne, sans descendre les uns des autres. La personne de laquelle les autres descendent par la génération, s'appelle *la souche* ou *la tige commune*, qui par conséquent se divise en masculine & féminine. Ceux qui descendent de la tige masculine, s'appellent en particulier *les agnats*.

Des lignes de cognation ou de parenté. §. DCCCLXXVI. Une suite de personnes qui descendent les unes des autres, par une suite continuelle de générations s'appelle *ligne directe*, tant qu'on la considere en elle-même, & elle est *ascendante* ou *descendante*, selon qu'on remonte à ces personnes de qui vous descendez par la génération, ou qu'on descend à celles qui descendent de vous. Deux lignes droites qui se réunissent à la tige commune s'appellent *ligne oblique*, *collaterale*, ou *transversale*, tant qu'on les compare l'une à l'autre, comme si on les consideroit comme deux parties d'une même ligne.

De la famille. §. DCCCLXXVII. Toutes les personnes prises ensemble, qui descendent de la même souche dans plusieurs lignes droites, composent la *famille de la souche*; ainsi celles qui descendent de mon père sont *la famille de* mon *père*, celles qui descendent de mon ayeul sont *la famille de* mon *ayeul*, & ainsi du reste.

De la cognation directe, & collaterale. §. DCCCLXXVIII. On appelle *cognats directs* les personnes qui se trouvent dans une même ligne directe, & *cognats collateraux*, celles qui sont dans des lignes collaterales ou obliques l'une par rapport à l'autre.

Des degrés de cognation dans la ligne directe. §. DCCCLXXIX. *La différence de cognation ou de parenté entre la souche, & une personne quelconque dans la ligne directe, dépend du nombre des générations, par lesquelles cette personne descend de la souche* (§. DCCCLXXV.). Ainsi cette différence s'appellant *degré*, *la génération fait le degré*, & *une personne dans la ligne descendante, est parente de la souche au degré qu'indique le nombre de générations, par lesquelles elle descend de la souche*; ainsi le fils est cognat ou parent du père dans le premier degré, de l'ayeul dans le second, du bisayeul dans le troisième. On voit par-là quels sont les parents les plus *proches*, ou les plus *éloignés*.

Des degrés de l'ordre supérieur & inférieur. §. DCCCLXXX. On appelle *degrés d'un ordre supérieur*, ceux qui ont lieu dans la cognation d'une personne avec quelqu'un des ascendants, & *degrés d'un ordre inférieur*, ceux qui ont lieu dans la cognation avec un des descendants. Les cognats

(†) Chap. III. Ce Chapitre est destiné à donner une idée de ce que l'on nomme *Famille*, & à faire voir comment on en considere les différentes parties, & par quelles dénominations on les distingue. L'Auteur traite cette matiere tout au long dans son grand Ouvrage *T.* VII. *Chap.* III. §. 556. *& suiv.* & quoiqu'elle ne soit pas des plus amusantes, elle a cependant trop d'influence sur les cas, dans lesquels il faut déterminer les degrés de consanguinité, & sur ceux qui ont rapport aux successions, pour regretter le temps qu'on mettra à lire l'endroit du grand Ouvrage de notre Auteur, que je viens de citer.

(*) Cette maniere de compter les dégrés à l'égard des collateraux, suivant le Droit Canon, differe de la maniere de les compter suivant le Droit Romain, selon lequel chaque personne engendrée faisoit un degré, en sorte que pour compter

gnats d'un ordre ſupérieur dans la ligne directe, s'appellent d'un nom commun les *pères*, ou les *aſcendants;* ceux d'un ordre inférieur s'appellent les *enfants* ou les *deſcendants.*

§. DCCCLXXXI. Puisque *la génération fait le degré* (§. DCCCLXXIX.), *les mêmes degrés en nombre pris enſemble dans les lignes collaterales, ſont le degré de la famille.* Ainſi tous les enfants du premier degré, ſont dans le premier degré de la famille, ſavoir du père, leurs enfants ſont dans le ſecond degré de la famille, qui eſt la famille de l'ayeul, dont ils ſont enfants ou deſcendants au ſecond degré. Au reſte *la famille de l'ayeul contient la famille du père, & celle du biſayeul, contient celle de l'ayeul & du père, & ainſi du reſte.* *Des degrés de la famille.*

§. DCCCLXXXII. *La ligne collaterale* eſt appellée *égale*, quand les deux lignes directes, terminées à la même ſouche, ſont égales; on l'appelle *inégale*, ſi ces deux lignes ſont inégales. Comme les cognats collateraux ſont cognats par ce qu'ils deſcendent de la même ſouche (§. DCCCLXXVIII.), *les collateraux dans la ligne égale ſont cognats entr'eux au degré, auquel ils ſont cognats de la ſouche.* Mais *ſi dans la ligne inégale, le plus éloigné eſt éloigné de la ſouche commune de deux, de trois, de quatre degrés &c.; & le plus proche d'un, celui-là ſera parent de celui-ci au ſecond, troiſieme, quatrieme &c. degré de la famille de ſon père: ſi le plus proche eſt éloigné de deux degrés de la ſouche commune, & le plus éloigné de trois, de quatre &c. celui-ci ſera parent au degré troiſieme, quatrieme &c. de la famille de ſon ayeul, & ainſi du reſte* (§. DCCCLXXVII. DCCCLXXXI.). D'où il ſuit, que *mon cognat dans un degré quelconque de la famille de mon père, m'eſt d'un degré plus proche que mon cognat au même degré de la famille de mon ayeul, & de deux degrés plus proche que mon cognat au même degré de la famille de mon biſayeul, & ainſi du reſte.* Et c'eſt-là cette fameuſe computation canonique des degrés, très conforme à la nature, & qu'on doit ſuivre dans les cauſes où il faut avoir égard à la proximité du ſang, telles que ſont les cauſes matrimoniales & criminelles. (*) *Des degrés dans une ligne inégale.*

§. DCCCLXXXIII. Puisque toute cognation vient de la génération (§. DCCCLXXV.), *la cognation naturelle eſt la même, ſoit qu'on ſoit né d'un mariage, ſoit qu'on ſoit né de quelque commerce illicite.* C'eſt pourquoi il faut auſſi faire attention à cette cognation, lorsqu'on doit avoir égard à la proximité du ſang. *De la cognation entre ceux qui ſont nés de commerces illicites.*

§. DCCCLXXXIV. Le mari & la femme étant unis ſi étroitement, qu'on les conſidere en quelque maniere comme une ſeule perſonne (§. DCCCLVIII.), les parents d'un des conjoints, ont en quelque maniere la même relation avec l'autre. Cette relation des parents d'un des conjoints à l'autre, s'appelle *affinité*, „ & ceux qui ont cette relation entr'eux ſont appellés *alliés*" (†); ainſi *les cognats d'un des conjoints ſont alliés de l'autre, & ils ſont alliés de l'un des conjoints au* *De l'affinité.*

pter les degrés entre deux collateraux, il falloit remonter de l'un à la tige commune, & deſcendre enſuite de celle-ci à l'autre, & compter autant de degrés entre l'un & l'autre, qu'on en avoit trouvé en montant & en deſcendant: par exemple, deux couſins germains ſeroient parents au quatrieme degré, parce qu'on compte deux en remontant de l'un à la ſouche commune, qui eſt le Grand-Père, & deux en deſcendant à l'autre; au lieu que par la computation canonique, les deux couſins germains ſont parents au ſecond degre, & ainſi du reſte. R. d. T.

(†) Nous ſommes obligés d'ajouter cette définition, parce qu'il n'y a pas de mot françois pour rendre *affinis*, qui réponde à *affinité*. R. d. T.

au même degré auquel ils ſont cognats de l'autre. Il eſt évident au reſte, que *les affinités ſe contractent par les mariages, ou par les noces, & qu'elles ne ſont pas encore contractées par les fiançailles* (§. DCCCLXIV.).

De la quaſi-affinité. §. DCCCLXXXV. Puisque *ceux qui s'uniſſent charnellement*, s'accordent mutuellement l'uſage de leurs corps comme s'ils étoient mariés (§. DCCCLVIII.), ils *ſont quaſi-conjoints*, par conſéquent *les cognats d'une des perſonnes qui s'unit charnellement à l'autre ſont quaſi-alliés de celle-ci*, ainſi *la ſœur d'une fille, qui a eu commerce avec un homme, eſt quaſi-alliée de cet homme; & la fille qui a eu le commerce, eſt quaſi-alliée du frère de celui avec qui elle l'a eu.* Le commerce charnel eſt un quaſi-mariage, par lequel par conſéquent on contracte une quaſi-affinité (§. DCCCLXXXIV.).



CHA-

CHAPITRE IV.

De la société paternelle, & de la puissance paternelle. (†)

§. DCCCLXXXVI. Puisque les Pères & les Mères sont obligés de conserver les enfants qu'ils ont mis au monde, & de les mettre en état de pourvoir eux-mêmes aux choses dont ils ont besoin pour leur conservation (§. DCCCLV.), *les Pères & les Mères n'ont pas le droit de tuer, ni d'exposer leurs enfants* (§. LI.). *Si les pères & mères ont droit de tuer, ou d'exposer leurs enfants.*

§. DCCCLXXXVII. Pareillement puisque les Pères & Mères doivent mettre leurs enfants en état de déterminer leurs actions, selon la loi naturelle (§. DCCCLV.), *tant que les enfants ne peuvent remplir leurs devoirs par eux-mêmes, les Pères & Mères doivent déterminer leurs actions*, par conséquent *ils ont droit sur les actions de leurs enfants.* *Du droit des pères & mères sur les actions de leurs enfants.*

§. DCCCLXXXVIII. *Le droit des Pères & Mères sur leurs enfants est une sorte d'empire* (§. DCCCXXXIII. DCCCXXXVII.), & puisqu'il nait de l'obligation d'élever leurs enfants (§. DCCCLV.), *il est commun au Père & à la Mère* (ibid.). On l'appelle ordinairement *puissance paternelle*, qu'on étend abusivement beaucoup au de-là de ses bornes. (*a*) *De la puissance paternelle.*

§. DCCCLXXXIX.

(†) CHAP. IV. La Société paternelle est, d'après la conjugale, la plus simple & la plus naturelle: notre Auteur en expose dans ce Chapitre les effets, & tache de les déduire tous de l'obligation d'élever les enfants, comme principe unique auquel tous les droits & tous les devoirs, des membres de la société paternelle, doivent leur origine. En examinant les démonstrations dont il se sert sur cette matiere, nous aurons occasion d'indiquer les conséquences des remarques, que nous avons faites sur sa doctrine, par rapport à ce qui constitue proprement l'essence du mariage.

§. DCCCLXXXVII. & DCCCLXXXVIII. (*a*) L'obligation d'élever les enfants, auxquels on a donné le jour, est, comme l'on voit, le fondement sur lequel notre Auteur établit le droit paternel: il suit en ceci l'opinion de PUFENDORF, qui y ajoutoit pour second fondement, un consentement présumé de la part des enfants. TITIUS, BARBEIRAC, & d'autres Auteurs ont observé, que ce consentement *présumé*, assez mal-à-propos nommé *tacite* par PUFENDORF, étoit inutile non seulement, mais destitué même de toute raison. GROTIUS a pris l'acte de la génération pour fondement du droit paternel. Je ne m'arrêterai point à exposer, ni à examiner les différentes raisons, par lesquelles on a taché de justifier les idées qu'on s'est faites sur ce sujet: on les trouve détaillées dans PUFENDORF *de Off. Hom. & Civ. L.* II. *C.* III. §. 2. *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* VI. *Ch.* II. §. I. *& suiv.* dans GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* V. §. I. dans les notes de BARBEIRAC sur ces endroits, & dans celles des autres Commentateurs. Pour m'en tenir à notre Philosophe j'observe dabord, que le raisonnement qu'il fait pour nous faire connoitre l'origine du droit paternel, n'est pas exact. Dans le §. DCCCLXXXVIII. il cite le §. DCCCLV. comme s'il y avoit démontré, que le droit paternel tire sa source de l'obligation d'élever les enfants, auxquels on a donné la naissance (*cumque ex obligatione educandi liberos oriatur*); mais, à y regarder de près, cette proposition n'y est point démontrée. L'Auteur y prouve uniquement que les peres & meres sont obligés d'élever les enfants qui naissent de leur union: or on ne peut inférer de cette obligation d'autre droit, que celui d'employer les moyens qu'exige l'éducation des enfants: ainsi cette obligation ne peut servir de base à un droit général, que le pere ou la mere ont ou peuvent avoir sur leurs enfants. On n'a qu'à énoncer le raisonnement, tel qu'il est en effet, pour en appercevoir le défaut. Il revient à celui-ci. L'obligation d'élever les enfants donne le droit de les élever; donc le droit paternel tire sa source de cette obligation. N'est-ce pas supposer évidemment, que le droit paternel consiste uniquement dans celui de l'éducation, & qu'il se borne à cela? Quand la suppo-

De l'obéissance des enfants, & du droit de les obliger, & de les punir.

§. DCCCLXXXIX. *Les enfants sont* donc *assujettis à leurs Pères & Mères, & ils sont obligés de leur obéir* (§. DCCCXXXV.); & puisque l'empire qui appartient aux Pères & Mères (§. DCCCLXXXVIII.), emporte le droit d'obliger (§. DCCCXXXIII.), *les Pères & Mères ont le droit d'obliger les enfants à l'obéissance, &* par conséquent, *de les punir s'ils sont désobéissants* (§. XXXV.); les peines infligées aux enfants par leurs Pères & Mères s'appellent *châtiments paternels*, lesquels doivent être correctifs (§. CXIII.), & renfermez dans les bornes des devoirs envers les enfants. Au reste *les enfants ne sont pas obligés d'obéir à ceux qui leur commandent des choses contraires à la loi naturelle* (§. XXXVIII.). (*b*)

§. DCCCXC.

position seroit vraie d'ailleurs, la preuve que l'Auteur en donne demeureroit toujours défectueuse.

Il employe dans son grand Ouvrage le §. 634. du *Tom.* VII. pour prouver, que la société paternelle est un *quasi-pacte*, apparemment afin de la concilier avec l'idée qu'il a donnée de la société en général. Il prétend que le pere & la mere, en faisant des dispositions relatives à l'éducation, manifestent par-là la volonté de les élever; & que devant supposer dans les enfants un acquiescement à l'éducation, dont ils ont besoin, l'acte du pere & de la mere produit véritablement l'engagement qu'on nomme *quasi-pacte*: il ajoute à ce raisonnement, pour le mieux faire comprendre, que l'obligation naturelle n'empêche point, qu'on ne puisse la confirmer par un engagement spécial: qu'on peut en voir l'effet dès que l'on considere, que les parents, quoique naturellement obligés d'élever des enfants, peuvent s'abstenir de remplir ce devoir, moyennant quoi il n'y auroit point d'engagement entre eux & leurs enfants, bien que l'obligation subsistât toujours. J'avoue que l'on peut considérer tout ceci sous ce point de vue: mais qu'il me soit permis de remarquer, que de cette façon on peut créer une infinité de contracts tacites, mêmes après des contracts faits & exprimés. J'entreprends la construction d'un édifice à certaines conditions: l'engagement est couché par écrit: rien ne manque pour en constater la vérité. Dira-t-on que je fais un contract tacite par-là que je commence à remplir celui que j'ai formé? Dès que des devoirs & des droits ne sont point douteux, à quoi bon recourir à une convention tacite qui les constate? Il y a plus: notre Auteur nous renvoit dans le §. 634. que je viens de citer aux §§. CCCXCIX. & CCCCIV. du *Tome* III. de son grand Ouvrage, pour prouver que nous pouvons nous obliger par convention, à ce à quoi nous sommes déjà tenus naturellement: mais en faisant usage de ces deux paragraphes, il ne s'est pas ressouvenu sans doute, qu'il s'agit uniquement dans ces paragraphes de faire voir, comment des droits & des devoirs *imparfaits* deviennent *parfaits* par convention, & comment on peut par convention s'obliger *parfaitement* à une chose, à laquelle on étoit déjà obligé *imparfaitement*; c'est-à-dire, comment on peut donner le droit d'exiger à celui, qui avant cela n'avoit d'autre droit que celui de solliciter, & qui du reste pour obtenir ou ne pas obtenir une demande, devoit s'en remettre entièrement à celui auquel il la fait. En est-il ainsi dans le cas de l'éducation? L'obligation du pere & de la mere d'élever leurs enfants, est-elle de la nature de celles que l'on nomme *imparfaites*? Si elle ne l'est pas; à quoi revient donc le raisonnement de l'Auteur? Il y a plus encore: & je dois ajouter cette derniere réflexion, pour faire voir la conséquence des différentes manieres, dont on considere un objet moral. Faut-il déduire les droits & les devoirs des particuliers relatifs à la société paternelle, du devoir naturel d'élever les enfants, comme une suite immédiate du lien conjugal que l'on a contracté, & des devoirs généraux qui y sont attachés, ou faut-il les déduire du *quasi-pacte*, que l'on suppose avoir été formé entre le pere & la mere d'une part & les enfants de l'autre, & voir en quoi de part & d'autre on a consenti, pour déterminer ce à quoi on est tenu de part & d'autre? Si l'on admet la premiere de ces deux sources, à quoi servira la seconde? Si l'on admet la seconde sans la premiere, quelle théorie en resultera-t-il; & quelle sera l'étendue, ou quelles seront les bornes qu'on donnera à la volonté, qu'on suppose avoir été manifestée par le pere & la mere, & avoir été aggréée par les enfants? N'est-il pas sensible que, de quelque maniere que l'on s'y prenne, on doit toujours en revenir à la premiere des deux sources, dont nous parlons; & n'est-il pas sensible aussi, que le *quasi-pacte* qu'on fait valoir ici n'est qu'un hors d'œuvre, dont la Jurisprudence naturelle peut fort bien se passer?

Je l'ai déjà observé, en traitant des devoirs & des droits de l'homme; on fait trop peu d'attention à l'ordre que la Providence a établi dans l'univers pour son existence, sa durée & son harmonie. On y considere l'homme, abstraction faite de cet ordre, & comme un être, pour ainsi dire, isolé. On ne réfléchit pas, qu'en faisant une application des vérités démontrées de l'homme ainsi consideré à l'homme, consideré tel que l'ordre & le cours de la nature le produisent, & dans la situation qui accompagne son existence dès sa naissance, on peut tomber dans les mêmes inconvénients,

§. DCCCXC. Puisque *les Pères & Mères* doivent mettre leurs enfants en état de déterminer leurs actions suivant la loi naturelle (§. DCCCLV.), ils *doivent les accoutumer à remplir leurs devoirs envers eux-mêmes, envers les autres, & envers Dieu* (§. LVII.); par conséquent, puisque la *vertu* est l'habitude de conformer ses actions à la loi naturelle, & que le *vice* consiste dans les habitudes contraires, ils doivent *leur inspirer l'amour de la vertu, & les détourner du vice.* C'est pourquoi puisque les exemples ont une très grande force, particulierement sur les esprits tendres des enfants, ils *doivent donner de bons exemples à leurs enfants, & ne leur en donner jamais de mauvais.*

De l'obligation d'inspirer la vertu aux enfants, & de les détourner du vice.

§. DCCCXCI.

niens, auxquels sont exposés les Mathématiciens, lorsqu'ils appliquent aux corps, tels qu'ils sont, les vérités qu'ils en démontrent par abstraction, soit relativement à l'étendue, ou au mouvement & aux forces. L'ordre successif par lequel la Providence a voulu que l'espèce humaine se conservât, ainsi que toutes celles que nous connoissons, & la coëxistence des membres du genre humain, qui vivent en même temps, forment un tout auquel chaque partie tient par un lien indissoluble. L'existence de ce tout veut une constante harmonie. Toutes les parties doivent concourir à produire cette harmonie : l'homme y doit concourir par toutes les relations dans lesquelles il existe. Un pere & une mere doivent donc avoir sur leurs enfants tels droits, qu'exige non seulement le devoir de les conserver, & de les élever ; mais qu'exigent toutes les obligations qui resultent de l'état & des relations, dans lesquels le pere & la mere existent, non pas uniquement comme pere & mere, mais comme membres de la société humaine: desorte qu'ils doivent avoir sur leurs enfants tel pouvoir ou tel droit, que le demande le bien particulier qui resulte de la génération, pris relativement non pas seulement aux enfants, mais à l'état dans lequel le pere & la mere se trouvent placés, par rapport aux autres membres de la société humaine. Ce seroit une erreur grossière de s'imaginer, qu'un pere & une mere n'ont d'autres soins à prendre de leurs enfants, que de les conserver, de leur laisser de quoi vivre, ou de les mettre en état de gagner leur subsistance: si une expérience journaliere nous fait voir, que c'est à cela que se borne généralement l'éducation, elle est bien éloignée de nous prouver, que par là on en remplit les devoirs. Notre Auteur démontre au commencement de cet ouvrage, que l'homme doit travailler à sa perfection & concourir à celle de son prochain. La définition qu'il donne de l'éducation dans son grand Ouvrage *P.* VII. §. 255. & celle qu'il a indiquée ci-dessus §. DCCCLV. répondent toutes deux à cette idée: mais si le pere & la mere sont plus particulierement obligés de remplir ce devoir envers leurs enfants, & s'ils le font par la relation, que la naissance a produit entr'eux & leurs enfants ; cette même relation produit encore d'autres droits & d'autres devoirs; & cette relation est encore inséparable de celle, que toutes leurs actions ont, soit plus soit moins, au bien commun de toute la société humaine. Ainsi le droit paternel prend son origine, non pas de l'acte de la génération, ou du devoir de l'éducation, considérés abstraction faite de tous les autres liens, qui fixent & déterminent l'état de chaque homme en son particulier, mais il prend sa source primitive dans l'harmonie, qui doit regner dans les actions humaines, pour les faire concourir à l'harmonie qui doit regner dans l'univers, & pour contribuer par-là au plus grand bien de la société humaine : & le droit ainsi considéré s'étend bien au-delà de celui, qui est uniquement fondé sur le devoir de l'éducation, comme je le ferai remarquer dans la suite. Au reste on conçoit assez qu'il est indifférent, par rapport à l'obligation d'élever les enfants, qu'ils soient les fruits d'un mariage reglé, ou bien d'un commerce plus ou moins conforme à ce que la loi naturelle prescrit sur ce sujet: en manquant de remplir quelques-uns des devoirs auxquels on est tenu, on ne s'affranchit point de ceux que l'on doit remplir d'ailleurs. Quel que soit donc le lien particulier qui ait uni le pere à la mere, ce lien ne changera rien aux devoirs, auxquels ils sont tenus envers leurs enfants. On peut consulter à cet égard ce que l'Auteur enseigne dans son grand Ouvrage, *P.* VII. §. 546. *& suiv.*

§. DCCCLXXXIX. (*b*) On pourroit demander ici, s'il est permis aux enfants de juger si les ordres, qu'ils reçoivent de leur pere & mere, sont contraires au Droit Naturel ou point: & l'on voit assez, que ce seroit ouvrir la porte à la desobéissance, si on leur en accordoit le droit. Il est cependant des actions si revoltantes, & si manifestement contraires aux regles de l'équité & de la justice, qu'il ne faut que le bon sens pour ne pas s'y méprendre, & ce n'est que par rapport à celles-là, que des enfants pourroient refuser d'obéir, si on les leur ordonnoit. Sans cela il faut s'en tenir à la maxime exprimée dans la *l.* 4 *ff. de reg. jur. velle non creditur qui obsequitur imperio patris vel domini :* & peut-être la réflexion

Pro dominis peccare etiam virtutis loco est.

conviendroit-elle mieux aux enfants qu'aux esclaves.

Du genre de vie auquel on doit destiner les enfants.

§. DCCCXCI. Pareillement puisque *les Pères & Mères* doivent mettre leurs enfants en état de pourvoir par eux-mêmes aux choses, dont ils ont besoin pour leur conservation (§. DCCCLV.), ils *doivent les destiner à un genre particulier de vie, auquel ils soient propres, & donner tous leurs soins à ce qu'ils apprennent bien ce qu'exige ce genre de vie.*

De l'obligation d'avancer la fortune des enfants.

§. DCCCXCII. Par la même raison *ils doivent travailler avec soin à ce que leurs enfants acquièrent les biens de la fortune, & les mettre en état de les acquérir*, par conséquent ils *doivent avoir soin qu'ils soient heureux.*

De l'amour qu'on doit à ses enfants. * στοργή.

§. DCCCXCIII. Puisque les Pères & Mères sont tenus par une obligation spéciale d'avancer la perfection de leurs enfants & celle de leur état (§. DCCCLV.), & que la nature a donné aux hommes, aussi bien qu'aux brutes, un amour pour ceux qui naissent d'eux, qui s'appelle ordinairement *instinct* *, *les Pères & les Mères doivent non seulement aimer leurs enfants, comme les autres hommes* (§. CXXXVI.), *mais aussi leur donner la préférence sur tous les autres dans leur amour, & par conséquent dans tous les devoirs envers les autres* (§. XLIV.). (*c*)

Du devoir des enfants envers leurs pères & mères.

§. DCCCXCIV. Puisque non seulement *les enfants* doivent la vie à leurs Pères & Mères, mais qu'encore, à cause de l'éducation, ils doivent les reconnoitre comme leurs plus grands bienfaiteurs (selon ce que nous avons démontré ci-dessus & §. CCCCLXX. CCCCLXXI.), ils *doivent* donc *avoir de la reconnoissance pour leurs Pères & Mères, & leur faire du bien à leur tour autant qu'ils le peuvent en toute occasion, les aimer, les estimer, & les honorer singulierement*, ce qui s'appelle *respect filial* (§. CCCCLXXIV.). (*d*)

§. DCCCXCV.

§. DCCCXCIII. (*c*) Ce que l'Auteur enseigne dans ce paragraphe, resulte immédiatement de l'harmonie, qui doit regner dans l'univers: car plus les relations sont intimes, plus elles donnent lieu à la préférence, dont il est parlé ici.

§. DCCCXCIV. (*d*) Ceci se prouve encore mieux par l'observation que je viens de faire dans le paragraphe précedent: car supposé, qu'un pere & une mere manquassent à leurs devoirs envers leurs enfants; cela ne détruiroit pourtant point les relations, qui naissent de l'ordre établi par la Providence, pour la conservation de l'Univers en général, & de l'espèce humaine en particulier: ainsi quand même un pere & une mere ne rempliroient pas les devoirs, sur lesquels l'Auteur paroit fonder ici ceux des enfants; les devoirs des enfants n'en seroient pourtant point moins réels pour cela.

§. DCCCXCVI. (*e*) Non seulement le pere & la mere doivent travailler à laisser des biens suffisants, pour l'éducation de leurs enfants, ils doivent encore travailler à les mettre en état de faire du bien à d'autres: ainsi que je l'ai remarqué aux §. DCCCLXXXVII. & DCCCLXXXVIII. Les *Principes de Morale* de Mr. FORMEY contiennent d'excellentes reflexions sur l'éducation des enfants.

§. DCCCXCVII. (*f*) J'ai observé aux paragraphes DCCCLXXXVII. & DCCCLXXXVIII. que par rapport au pere & à la mere, le devoir d'élever les enfants est toujours le même, soit qu'ils les aient procréés en mariage legitime ou non. Dans ce paragraphe-ci notre Auteur enseigne, qu'au défaut du pere & de la mere, ce devoir tombe à la charge du grand-pere & de la grand'-mere; & ensuite des autres parents. Il parle sans aucune distinction: & c'est aussi sans restriction qu'il a enseigné au §. DCCCLV que les enfants doivent être élevés par ceux qui leur ont donné le jour. Ainsi, à prendre la démonstration de notre Auteur telle qu'il la donne, il s'ensuivroit, que dans tout cas quelconque un grand pere & une grand' mere, des freres, des sœurs, des oncles, des tantes, les parents enfin seroient obligés, au défaut du pere & de la mere, d'élever les enfants quel que put avoir été le commerce, dont ces enfants seroient le fruit. Cette conséquence merite d'être examinée.

On a pu remarquer que notre Auteur la fonde sur la loi générale de la propagation: on engendre, dit-il, afin que nos enfants en fassent naître d'autres. Quel est le sens de cet énoncé? Cela signifie-t-il que l'on engendre des enfants, afin que *nécessairement* ces enfants en engendrent d'autres; ou cela signifie-t-il que l'on tend à la propagation, non pas dans la vue que les enfants, qui nous viennent, en feront absolument & nécessairement autant, mais uniquement, afin que par-là l'on soit dans le cas de pouvoir avoir posté-

§. DCCCXCV. Le respect filial ne pouvant subsister avec la familiarité, qu'il y a entre des gens mariés, *le mariage entre les enfants & leurs Pères & Mères est naturellement illicite.* En effet à cause de l'immutabilité de l'obligation naturelle (§. XXXVIII.), *la loi naturelle ne permet pas des mariages qui anéantissent ou affoiblissent les devoirs, que l'une des parties doit à l'autre.*

Si le mariage est permis entre les pères & mères, & leurs enfants.

§. DCCCXCVI. Puisque *les Pères & Mères* doivent faire les dépenses nécessaires pour l'éducation de leurs enfants (§. DCCCLV.), ils *doivent avoir soin, qu'au cas qu'ils meurent avant que leurs enfants soient élevés, ils leurs laissent des biens, par lesquels on puisse pourvoir aux frais de leur éducation, & charger du soin de cette éducation, & de l'administration des biens qu'ils leur laissent, ou qui peuvent leur venir d'ailleurs, des personnes de la diligence de qui ils soient assurés.* (*e*)

Des précautions que les pères & mères doivent prendre pour l'éducation de leurs enfants, en cas de mort.

§. DCCCXCVII. Puisqu'on met des enfants au monde pour perpétuer le genre humain (§. DCCCLIV.), les parents d'un ordre supérieur ont mis des enfants au monde, pour qu'il en nacquit d'autres de ceux-ci. C'est pourquoi puisque l'éducation des enfants est inséparable de la génération (§. DCCCLV.), *si les Pères & Mères meurent avant que les enfants soient élevés, les parents d'un ordre supérieur sont obligés à les élever,* ou *s'ils sont morts auparavant*, puisque l'on reconnoit les bienfaits des parents dans la personne de leurs enfants, *les autres cognats doivent se charger du soin de cette éducation* (§. DCCCXCIV. DCCCLXXV.). (*f*)

Du soin que doivent avoir de l'éducation les parents d'un ordre supérieur & les autres cognats.

§. DCCCXCVIII. On appelle *tuteur*, ceux qui ont soin de l'éducation des pupilles; l'on appelle *pupilles* des enfants qui ne sont pas encore élevés, dont les pères & mères sont morts, ou qui ont perdu seulement l'un des deux, sur-tout si

De la tutelle.

stérité, si les circonstances n'y sont pas contraires. Le but & le devoir de perpétuer sa race, & de se donner lignée n'est qu'hypotetique. J'en ai déjà fait la remarque. Ce devoir ne peut & ne doit donc être pris, que sauf des devoirs plus importants. Celui de concourir à la propagation de l'espèce humaine suppose celui de l'éducation: conséquemment toute personne qui se trouveroit destituée des moyens de pouvoir remplir le second de ces devoirs, ne doit pas se mettre dans le cas d'en être chargé, en remplissant le premier: par conséquent il peut s'en dispenser. On voit par-là qu'on ne peut pas inférer de l'acte, par lequel on concourt à la propagation de l'espèce humaine, ni de l'obligation générale d'y concourir, qu'on est obligé de le faire & qu'on le fait réellement, afin que les enfants qui en viennent, en fassent absolument & nécessairement naitre d'autres; tout ce qu'on peut en inférer, c'est que cet acte doit se faire, afin de perpétuer sa race ou de se donner lignée, autant que les circonstances pourront le souffrir & le permettre. Cela étant, il s'ensuit qu'on ne peut pas non plus alléguer l'obligation générale & hypothétique de concourir à la propagation de l'espèce humaine, comme la raison qui imposeroit à quelqu'un le devoir d'élever les enfants de ses enfants: attendu que cette obligation générale ne peut le lui imposer, qu'autant que, par rapport à la naissance de ces derniers enfants, on ait observé & rempli les devoirs, que cette même obligation présuppose. Posons le cas. *Sempronius* a un fils: ce fils n'est pas en état de pourvoir par lui-même à sa subsistance: il peut donc encore moins pourvoir aux besoins d'une famille. Par conséquent bien loin d'être obligé de concourir à la propagation de l'espèce humaine, il devra s'en abstenir, à moins qu'il ne soit assuré d'autres moyens pour l'éducation de ses enfants: cependant ce fils, destitué de toute ressource, s'engage à une fille qui est dans le même cas que lui: il le fait à l'insçu de *Sempronius* son pere: *Sempronius* sera-t-il obligé d'élever les enfants, qui pourront être le fruit de cet engagement? Assurement on ne peut pas dire, que *Sempronius* s'en soit imposé la loi par le mariage, qui l'a rendu pere de ce fils; vu que les principes, sur lesquels le devoir de concourir à la propagation de l'espèce humaine est fondé, supposent qu'un fils ne s'y livrera point, à moins d'être assuré des moyens qu'exige l'éducation des enfants: d'un autre côté on ne peut pas dire, que l'action d'un fils, faite à l'insçu de son pere, puisse imposer au pere l'obligation de remplir un devoir, que lui-même n'auroit pas dû contracter? L'homme & la femme en contractant un mariage reglé, ou se livrant d'ailleurs à des actes de génération, contractent par là le devoir d'en élever le fruit: mais peuvent-ils par ce fait imposer ce

ſi c'eſt le père. Et l'on appelle *tutelle* le droit d'élever les enfants, qui ont perdu leur père ou leur mère. On appelle *tuteurs teſtamentaires*, ceux qui ſont établis par la dernière volonté du père ou de la mère; on appelle tuteurs *légitimes*, ceux qui ſont tels par le droit de la cognation, & *datifs* ceux qui ſont donnés par le magiſtrat dans l'état civil. Si les enfants ſont parvenus à un tel âge, qu'ils aient beſoin du ſecours d'autrui, ſeulement ou principalement pour l'adminiſtration de leurs biens, comme on appelle *curateur*, la perſonne qui a le droit d'adminiſtrer les biens d'un autre, qui ne peut le faire lui-même, ſoit à cauſe de ſon âge, ſoit à cauſe de quelque défaut du corps ou de l'eſprit, „ ce droit s'appelle *curatelle*," (*) les curateurs ſont diſtingués des tuteurs dans le Droit Romain, cependant *ſelon nos uſages la tutelle dure juſqu'à ce que l'éducation ſoit tout à fait achevée*, ce qui eſt plus conforme au Droit naturel. (*g*)

Du devoir des tuteurs. §. DCCCXCIX. Comme on appelle *vicaire* ou *lieutenant*, celui qui fait les fonctions d'un autre, *les tuteurs ſont les vicaires des pères & mères défunts*, *dans l'éducation des pupilles*, & par conſéquent *ils doivent avoir les mêmes ſoins que les peres & meres de l'éducation des enfants*, *excepté qu'ils n'en doivent pas faire les frais à leurs propres dépens*, puiſqu'il n'y a aucune raiſon pour que quelqu'un éleve les enfants

ce devoir à quelqu'autre qu'à eux-mêmes? Nous avons vu au commencement de ces Inſtitutions, qu'un fait, quelqu'il ſoit, ne peut impoſer quelque devoir à quelqu'un, à moins que ce fait ne puiſſe lui être imputé: comment donc des actes de génération, commis par des enfants, pourroient-ils par eux-mêmes impoſer au pere, à la mere, & aux autres parents, quelque devoir ou quelque obligation? On ſe livre aux actes de la génération (dit notre Auteur) pour avoir des enfants, & afin que de ceux-ci il en vienne d'autres: cela eſt vrai: on le fait auſſi pour avoir des enfants qui ſoient heureux: mais cela emporte-t-il que nous ſommes reſponſables de toutes les actions, qu'ils pourroient trouver bon de faire pour être heureux? & que nous ſommes obligés d'acquiter toutes les obligations, qu'il pourroient trouver bon de contracter, & auxquelles ils ne pourroient ſatisfaire par eux-mêmes? Les relations de parenté indiquent un lien, qui dans l'ordre de la nature, impoſe au grand pere & à la grand' mere, & ſucceſſivement aux freres & ſœurs, oncles & tantes le devoir de ſubvenir aux beſoins de ceux de la famille qui ſont dans l'indigence, & par conſéquent de ſe charger de l'éducation des enfants, ſi le pere & la mere ſont hors d'état d'y ſatisfaire: mais ce lien ſuppoſe des relations, qui n'ont point été alterées au point de rompre ce lien. Un fils ſe livrant, à l'inſçu de ſon pere ou de ſa mere, à un commerce qui lui donne des enfants, péche contre les relations naturelles qui ſubſiſtent entre lui & ſon pere; il détruit par là le lien, qu'il auroit droit de faire valoir ſans cela: ſi contre le gré de ſon pere & de ſa mere, il commet des actions, qui lui donnent des enfants, il bleſſe les relations qui ſervent de baſe au lien, dont il eſt ici queſtion. Si un mariage doit avoir pour but de ſe donner lignée, ſurement ce n'eſt pas pour ſe la donner d'une maniere, qui détruiſe les relations naturelles entre pere & fils, & d'une maniere qui repugne aux premiers devoirs, que la loi de la propagation preſcrit: ceci prouve, ce me ſemble, aſſez évidemment, que l'exiſtence des petits enfants n'eſt pas par elle-même un titre ſuffiſant, pour impoſer au grand pere & à la grand' mere le devoir de les élever, au défaut du pere & de la mere; & qu'il faut de leur part quelque acte, par lequel celui de leurs enfants puiſſe leur être imputé d'une ou d'autre maniere, pour produire cet effet: d'où l'on voit encore, que ſi des enfants ſe livrent à une conduite ou à des engagements, qui leur donnent des enfants, ſans remplir les devoirs à obſerver à cet égard, le pere & la mere ne ſont pas tenus à l'éducation de ces petits-enfants, tant qu'ils n'ont point commis ou omis quelque acte, duquel on puiſſe inférer légitimement, qu'ils ont acquieſcé à la conduite & aux engagements de leurs enfants. Ainſi concluons: 1. que le mariage légitime, étant le ſeul engagement que les loix naturelles permettent de prendre, pour concourir à la propagation de l'eſpèce humaine, ce n'eſt que dans le cas qu'un pere & qu'une mere ont conſenti au mariage, formé par leurs enfants, ou dans les cas que leur conſentement doit être préſumé, ou dans les cas qu'ils l'auroient refuſé ſans motifs raiſonnables, que l'éducation des enfants, nés d'un ſemblable mariage, peut venir à la charge du grand pere, de la grand' mere, & ſucceſſivement à la charge des autres parents: attendu que c'eſt uniquement dans ces cas-là, qu'on peut faire l'application de la maxime de notre Auteur, on engen-

fants d'autrui à ses dépens. *Si donc les pupilles ont leur propre bien, il n'est pas besoin qu'ils soient élevés aux dépens des autres*, puisqu'on ne doit pas faire pour un autre ce qu'il peut faire lui-même (§. CXXXIII.). *S'ils n'ont rien*, puisqu'alors ils sont dans la mendicité (§. CCCCLXXXVII), *il faut y pourvoir par des aumônes* (§. CCCCLXXXVIII. CCCCXCI.). Il faut distinguer au reste ce que doivent faire les tuteurs d'avec le devoir des parents d'un ordre supérieur (§. DCCCXCVII.). (*h*)

§. DCCCC. Puisqu'il n'est point contraire à la nature de la tutelle, qu'un tuteur ait seulement le soin de l'éducation, & qu'on confie à l'autre l'administration des biens, afin que l'un ne soit pas trop chargé, & même que pour pourvoir mieux au bien du pupille, on ne donne à l'un que l'inspection de la tutelle, il y a des *tuteurs pour l'éducation*, d'autres *administrateurs*, & d'autres *inspecteurs:* les tuteurs pour l'éducation, & les administrateurs sont appellés d'un nom commun *tuteurs inférieurs*, & l'inspecteur s'appelle *tuteur supérieur*, ou *honoraire. S'il y a plusieurs tuteurs, il dépend de la volonté des peres & meres, ou de ceux qui les constituent de partager la tutelle entr'eux, ou de la leur confier à tous conjointement par indivis* (§. CCCXIV.). (*i*) *Des différents tuteurs.*

§. DCCCCI. Puisque les tuteurs doivent inspirer l'amour de la vertu à leurs pu- *De l'inhabileté es tuteurs.*

gendre des enfants afin que ceux-ci en engendrent d'autres; & cette réflexion nous fait connoitre le véritable principe, qui oblige les enfants à requérir l'avis & le consentement de leurs pere & mere, lorsqu'ils sont portés à contracter un mariage: devoir que l'on déduit ordinairement assez mal à propos du pouvoir paternel, vraisemblablement parce que le Droit Romain semble le fonder sur ce pouvoir: voyez *Instit de nupt.* 2. Que si d'ailleurs des enfants menent une vie, qui leur donne des enfants, & qu'ils soient hors d'état de les élever, leur pere & leur mere ne sont aucunement tenus d'y suppléer, que dans les cas, où le pere & la mere auroient eu connoissance de ce commerce de leurs enfants, & qu'ils l'auroient souffert au lieu de s'y opposer. 3. Que si des enfants, à l'insu de leurs parents, menent une vie dereglée, ou que les parents, le sachant, font leur possible pour les en détourner; ou que si des enfants se laissent débaucher, dans tous les cas enfin qui peuvent occasionner, que des enfants deviennent pere ou mere, sans qu'il paroisse ou que l'on ait droit de présumer, que leur pere & mere aient acquiescé à leur conduite, ou qu'ils l'aient tolerée; dans tous ces cas, ni le pere, ni la mere, ni les autres parents ne sont obligés de se charger de l'éducation des enfants, qui auroient pu naitre de ce commerce: attendu que dans tous ces cas la raison, qui doit servir de fondement à l'obligation du grand pere & de la grand' mere, manque tout-à-fait.

(*) Nous ajoutons cette définition parce que nous aurons besoin du mot curatelle dans la suite. R. d. T.

§. DCCCXCVIII. (*g*) Notre Auteur donne dans ce paragraphe, & dans les suivants, une idée claire & nette de la tutelle, & des droits & des devoirs qui y sont attachés. Ordinairement on déduit ces devoirs & ces droits du Droit Romain, sans faire attention que les motifs de la législation romaine, souvent pris de la constitution particuliere de l'état civil de l'Empire, ne quadrent pas toujours avec la constitution particuliere d'un autre Etat. On n'a qu'à confronter ce que l'Auteur enseigne dans son grand Ouvrage, au sujet de la tutelle, avec ce que l'on en trouve dans les Digestes, le Code, & dans les autres ouvrages de Jurisprudence, pour voir combien les principes du Droit Naturel repandent de jour, même sur les dispositions du Droit Civil, qui semblent être tout-à-fait arbitraires.

§. DCCCXCIX. (*h*) Ce paragraphe indique le principe général de tous les droits & de tous les devoirs attachés à la tutelle. Un tuteur remplace le pere pour les soins de l'éducation: ceci lui donne à cet égard, le même pouvoir qu'avoit le pere: conséquemment aussi le *vis ac potestas*, par lequel JUSTINIEN désigne, assez imparfaitement, le pouvoir d'un tuteur sur son pupille. L'objet de l'éducation comprend tout ce qui peut contribuer à assurer & à perfectionner l'état du pupille; & par conséquent aussi cette partie, que le Jurisconsulte SERVIUS exprime par le mot *tueri.* Notre Auteur en enseignant dans ses *Horæ subseciv. trim. brum. An* 1731. par quelques exemples la maniere, dont on peut examiner les définitions du Droit Civil, & en corriger les défauts, a pris entre autres celle de la tutelle, que je viens de citer. On ne fera pas mal de voir comment il la redresse.

§. DCCCC. (*i*) Quoique rien n'empêche qu'on donne plusieurs tuteurs à un pupille, & que rarement on

pupilles, & les détourner du vice (§. DCCCXC. DCCCXCIX.), *on doit regarder comme inhabiles à la tutelle ceux qui sont vicieux, ou qui à cause de leur âge, ou de quelque défaut de l'esprit ou du corps, ont eux-mêmes besoin de tuteur ou de curateur;* & puisque personne ne peut être obligé à ce qui n'est pas en son pouvoir (§. LX.), ou qu'il ne peut faire sans négliger son devoir envers soi-même (§. CXXXIII.), *il faut dispenser de la tutelle, ceux qui ne peuvent l'administrer avec le soin qu'elle exige, soit à cause de leurs infirmités corporelles, soit à cause de leur grand âge, soit à cause de la multitude de leurs affaires.* (*k*)

De l'inventaire. §. DCCCCII. On appelle *inventaire* la consignation des biens qu'on doit administrer pour le pupille, ou pour celui qui est en curatelle. Pour qu'on sache donc quels biens on doit administrer, *le tuteur doit faire un inventaire.* (*l*)

De l'aliénation des biens du pupille. §. DCCCCIII. Puisque le tuteur doit administrer, avec toute la diligence possible, les biens du pupille, pour qu'il ne souffre point de dommage (§. XXI. CCLXIX.), *il doit*, pour qu'on en soit sûr, *rendre compte chaque année de son administration.* Et puisque celui dont il administre les biens en est le maitre, *il ne peut aliéner les biens immeubles de son pupille* (§. CCLVII.); comme cependant il représente dans son administration la personne du pupille, & qu'il doit par conséquent faire ce que le pupille feroit lui-même dans une nécessité pressante, *s'il y a une nécessité telle qu'elle obligeroit le pupille à aliéner, il peut aliéner*, par conséquent, *il le peut s'il y a des dettes à payer, & qu'on ne puisse les payer d'ailleurs, si l'on ne peut faire d'ailleurs les frais nécessaires pour l'éducation, si pour payer un fonds il faut contracter des dettes, & que l'intérêt rende le fonds inutile.* Mais pour que le tuteur soit à l'abri de tout soupçon, *s'il faut distraire les biens du pupille, il faut les faire taxer par des experts, & le tuteur doit avoir soin de trouver un acheteur, qui en donne un prix raisonnable.* Mais comme il doit conserver, & autant qu'il

on confie la tutelle à une seule personne, cependant la diversité d'opinions peut, par rapport à l'éducation, faire le même mauvais effet, qu'elle produit dans tout autre cas, où l'administration des affaires est remise entre les mains de plusieurs personnes. Cette considération n'a pas échappé au Législateur Romain. *Apparet igitur* (dit ULPIEN *l.* 3. §. 6. *ff. de administr. & peric. tutor.*) *Prætori curæ fuisse, ne tutela per plures administretur; quippe etsi pater non destinaverit, quis gerere debeat: attamen id agit, ut per unum administretur. Sane enim facilius unus tutor & actiones exercet & excipit, ne per multos tutela spargatur.* Il seroit donc très-utile, qu'en donnant plusieurs tuteurs, on marquât celui dont l'opinion devroit prévaloir, en cas de dissension; ou du moins la maniere de se décider en pareil cas.

§. DCCCCI. (*k*) Il est très-naturel que ceux, qui sont incapables d'élever des enfants, ne soient pas chargés d'une tutelle: cependant cette raison morale ne paroit pas avoir fait une forte impression sur ceux, qui ont compilé le Droit Romain: du moins on ne la trouve pas parmi les motifs, qui peuvent être allegués pour s'excuser d'une tutelle; peut-être parce qu'il est très-rare, que celui qui manque de capacité, sente son incapacité & l'avoue; & qu'au contraire ceux qui ont de la capacité ne font pas scrupule d'alleguer leur incapacité, dès que par là ils peuvent se décharger d'un fardeau, qui leur pèse.

§. DCCCCII. (*l*) C'est apparemment parce que les hommes oublient souvent de remplir les devoirs les plus évidents, que les Empereurs ARCADE & HONORIUS se sont trouvés dans le cas de statuer par un rescript, *Tutores vel Curatores mox quam fuerint ordinati, sub præsentia publicarum personarum inventarium rerum omnium & instrumentorum solenniter facere curabunt:* car le devoir, dont il est ici question, n'a certainement pas besoin de loi positive pour se faire sentir, par ceux qui ont quelque bon sens.

§. DCCCCIII. (*m*) Les obligations naturelles exprimées dans ce paragraphe, font la source de toutes les dispositions, que l'on trouve dans le Droit Civil, sur l'obligation & les devoirs des Tuteurs.

§. DCCCCIV. (*n*) J'ai indiqué dans la note au §. DXX. l'utilité que l'on peut retirer de la distinction, que l'on fait entre une faute grossière, legère & très-legère: on peut encore ici de-

qu'il le peut augmenter, les biens du pupille (§. CCVIII.), *il doit vendre les biens meubles superflus, & sur-tout ceux qui ne peuvent se conserver en les gardant, & il doit placer à intérêt l'argent qu'il en tire, ou en acheter des fonds, à moins que le pere n'ait expressément défendu d'aliéner certaines choses, & qu'il n'y ait aucune nécessité de les aliéner.* Cela suit de ce que nous avons démontré. (*m*)

Du dommage causé par le tuteur.

§. DCCCCIV. *Si le tuteur, par dol, ou par faute, a causé quelque dommage dans l'administration, il doit le réparer* (§. CCLXX.), & puisqu'à cet égard il est débiteur de son pupille (§. CCCXXXVI.), *les biens du tuteur sont naturellement engagés au pupille, pour ce qu'il doit lui restituer à la fin de la tutelle* (§. DCCV.). (*n*)

Des obligations du pupille, & de ceux qui se sont obligés envers lui.

§. DCCCCV. Puisque le tuteur ou le curateur a le droit d'administrer les biens (§. DCCCXCVIII.), *le pupille ne peut sans le consentement du tuteur, ni celui qui est sous curatelle, sans le consentement du curateur, s'obliger envers un autre à faire quelque chose.* Mais comme l'administration est confiée au tuteur ou au curateur, pour que le pupille, ou celui qui est sous curatelle, ne souffre point de dommage (ibid.), *si ceux-ci ont obligé un autre à faire quelque chose pour eux, ou ont contracté avec lui à leur avantage, l'acte est valide.* (*o*)

Du salaire & de l'honoraire du tuteur.

§. DCCCCVI. Comme personne n'est obligé à faire gratuitement quelque chose pour un autre, si cet autre peut donner quelque chose en retour (§. CCCCLXXIII.), & puisqu'il est évident que la tutelle n'est pas un léger fardeau, sur-tout s'il y a beaucoup de biens à administrer, *il n'est pas naturellement illicite qu'on constitue quelque salaire au tuteur ou au curateur pour l'administration, si les biens du pupille sont considérables.* Et comme il faut reconnoitre les bienfaits (§. CCCCLXXIV.), tels qu'est l'administration de la tutelle, si on l'administre gratuitement, *il est très équitable qu'après la tutelle finie, on paye quelque honoraire à celui qui l'a administrée fidellement & utilement* (§. DXXV.). (*p*)

§. DCCCCVII.

demander, jusqu'à quel degré on impute les fautes à un tuteur, car pour le dol & les fautes lourdes ou grossières, il n'y a point de doute, que le tuteur ne doive réparer le dommage qu'il a occasionné par là à son pupille: mais doit-on rendre le tuteur responsable de toute faute, jusqu'à la moindre bevue qu'il auroit pu avoir commise, soit par quelque inadvertence, soit par une petite inattention, soit par un manque de prudence? Le Droit Romain n'est pas décisif sur ce point. La *l.* 1. *ff. de tut. & ration. distrab.* & la *l.* 7. *C. arbitr tut.* semblent le rendre responsable de la faute legère uniquement. Par la *l.* 2. *C. arbitr. tut* & *l.* 7. §. 2. *ff. de administ. & peric. tut.* on devroit, ce semble, ne lui imputer que la faute grossière, & suivant la *l.* 53. §. 3. *ff. de furt.* il sembleroit, qu'on devroit lui faire réparer jusqu'à la faute très-legère. La disposition du Droit Romain est générale dans la *l.* 1. *ff. de test. & ration. distrah. In omnibus* (dit ULPIEN) *quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item in his, quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio: præstando dolum, culpam, & quantam in rebus suis diligentiam.* Elle est également précise *in l.* 7. *C. arbit. tut.* La raison en est palpable: on ne peut pas exiger que celui, que l'on charge d'une tutelle, y soit plus attentif & plus exact que dans ses affaires propres; mais on peut l'exiger de celui, qui offre d'en être chargé seul: & c'est là le cas de la *l.* 53. §. 3. *de furt.* Quant à ceux dont il est fait mention dans la *l.* 7. §. 2. *ff. de administ. & peric. tutor.* & de la *l.* 2. *C. arbit. tutel.* on pourroit peut-être en rendre une raison très-plausible. Lorsqu'un tuteur trouve des créances dans une hoirie, ce n'est pas à lui à rechercher jusqu'à quel degré elles sont bien ou mal placées; il suffit qu'il ne voie pas manifestement, qu'elles courent risque d'être perdues, pour s'en rapporter au jugement du défunt. De même ULPIEN ne veut pas qu'un tuteur soit tenu au-delà de la faute grossière dans une affaire, qui n'est pas de sa compétence: tout cela confirme les reflexions que j'ai exposées au §. DXX savoir, que ce sont les différentes circonstances, qui rendent quelqu'un plus ou moins responsable d'une action commise ou omise.

§. DCCCCV. (*o*) Le Droit Romain a adopté ce que l'Auteur enseigne dans ce paragraphe, comme on peut le voir au commencement du titre des *Instit. de auctor. tutor.*

§. DCCCCVI. (*p*) Le contenu de ce paragraphe

De l'indemnité du tuteur & du curateur. §. DCCCCVII. Comme *le pupille ou celui qui est sous curatelle*, ne doit pas s'enrichir de la chose de son tuteur ou de son curateur (§ CCLXXI.), ils *sont obligés de restituer au tuteur ou au curateur les frais faits pour l'administration, & de réparer le dommage souffert à cette occasion:* par conséquent *si le tuteur ou le curateur a engagé ses propres effets, ou a cautionné pour le bien de son pupille, ou de celui qui est sous sa curatelle, ceux-ci sont obligés de les libérer lorsque la tutelle ou la curatelle est finie.* (q)

De la quasi-convention du tuteur. §. DCCCCVIII. Le tuteur consent expressément à l'administration de la tutelle lorsqu'il s'en charge, & comme l'utilité manifeste du pupille l'exige, on présume avec raison son consentement (§. DCLXXXVI.); donc *la tutelle s'acquiert par une quasi-convention* (ibid.), *de laquelle naissent des droits parfaits, & une obligation parfaite* (§. DCLXXXVII.).

De la société paternelle. §. DCCCCIX. Il paroit de même, qu'*il y a une quasi-convention entre les enfants & leurs peres & meres, pour raison de leur éducation*, & que par conséquent *il se contracte entr'eux une espéce de société*, où les conduit la nature, société qu'on appelle *société paternelle.* Ainsi *les obligations & les droits, qui regardent l'éducation des enfants, non seulement sont un devoir prescrit par la loi naturelle, mais encore naissent d'une quasi-convention, comme d'une convention véritable* (§. DCLXXXVII.). On considere l'éducation des enfants à deux égards différents, savoir, entant qu'elle regarde les deux conjoints, & entant que le pere & la mere doivent en avoir soin pour l'utilité des enfants. Au premier égard elle appartient à la société conjugale, au second à la société paternelle. (r)

Si la puissance paternelle est toujours la même. §. DCCCCX. Comme la raison pour laquelle les peres & meres doivent déterminer les actions de leurs enfants, c'est parce qu'ils ne sont pas en état de les bien déterminer eux-mêmes (§. DCCCLXXXVII.), & qu'ils apprennent successivement à les déterminer par eux-mêmes, *la puissance paternelle rentre successivement dans des bornes plus étroites, à mesure que les enfants avancent en âge* (§. DCCCLXXXVIII.), *ce qui a aussi lieu à l'égard de la tutelle* (§ DCCCXCV.). Mais comme l'éducation n'est

phe répond assez à la maxime du Droit Romain, *Nemini officium suum damnosum esse debet. l. 61. §. 5. ff. de furt.* & cette maxime est si bien fondée en raison, qu'il ne faut pas s'étonner de la voir appliquer à l'office du tuteur. En effet par quel motif une personne devroit-elle se charger d'une tutelle *gratis*, dès que celui en faveur de qui on en seroit chargé, est en état de récompenser ce service?

§. DCCCCVII. (q) C'est sur la regle générale exprimée dans ce paragraphe, qu'est fondé le titre du Digeste *de contraria tutelæ & utili actione*; ainsi que toutes les dispositions du Droit Civil, qui y ont rapport.

§. DCCCCVIII. & DCCCCIX. (r) Je ne repeterai pas ce que j'ai dit sur les consentements présumés; je me refere, par rapport à ceux dont notre Auteur fait usage ici, aux réflexions que j'ai faites à ce sujet dans les notes aux paragraphes DCCCLXXXVII. & DCCCLXXXVIII. & suiv.

§. DCCCCX. (s) Ce paragraphe suppose que le pouvoir paternel n'a d'autre fondement, que le droit de l'éducation, sur quoi j'ai fait mes remarques dans la note aux paragraphes DCCCLXXXVIII. & DCCCLXXXIX. Il suppose encore, que l'éducation est remplie dès que les enfants sont en état de pourvoir par eux-mêmes aux besoins de la vie; ce qu'il importe d'observer ici, parce que notre Auteur prend ailleurs le mot *éducation* dans un sens beaucoup plus étendu, & que cela peut donner lieu à des méprises. Enfin ce paragraphe limite l'obéissance des enfants aux choses, qui regardent la maison paternelle, ce qui ne peut guere se concilier avec les devoirs & les droits relatifs des parents aux enfants, que nous avons indiqués dans la note que je viens de citer.

§. DCCCCXI. (t) Il y a deux choses à observer sur ce paragraphe: la premiere c'est, que l'Auteur ayant posé le devoir de l'éducation pour fondement unique du pouvoir paternel, en déduit ici *que le pouvoir paternel cesse dès que l'éducation est finie:* on sent assez que cette conclusion doit être rejettée, dès qu'on n'admet point la raison dont elle est déduite: la seconde chose à observer ici, c'est

n'eſt cenſée achevée, que lorsque les enfants peuvent acquérir par eux-mêmes les choſes, dont ils ont beſoin pour la néceſſité & pour la commodité de la vie (§. DCCCLV.), *tant qu'ils vivent dans la maiſon paternelle*, parce qu'ils ne peuvent pas encore pourvoir à ce qui leur eſt néceſſaire, pour la nourriture & le vêtement, & pour les autres néceſſités de la vie, *ils ſont aſſujettis à la volonté de leurs peres & meres, par rapport aux choſes qui regardent la maiſon.* (*s*)

§. DCCCCXI. Les peres & meres n'ayant d'autre puiſſance paternelle, que celle qui nait de l'obligation d'élever leurs enfants (§. DCCCLXXXVIII.); *la puiſſance paternelle finit avec l'éducation, & les enfants deviennent maitres d'eux-mêmes*, & par conſéquent *la tutelle finit auſſi alors.* Mais comme les devoirs des peres & meres envers leurs enfants, auſſi bien que ceux des enfants envers leurs peres & meres ſont preſcrits par la loi naturelle, (comme nous l'avons démontré) & que par conſéquent l'obligation à ces devoirs eſt immuable (§. XXXVIII.), *les devoirs des enfants envers leurs peres & meres durent pendant tout le temps de leur vie, & de même les devoirs des peres & meres envers leurs enfants, diſtincts de l'éducation, ſont perpétuels.* D'où il ſuit que, quoique l'obéiſſance que demande la puiſſance paternelle (§. DCCCLXXXIX.) ceſſe, *les enfants doivent cependant, pendant tout le temps de leur éducation, s'étudier à plaire à leurs peres & meres.* (*t*) *De la durée de la puiſſance paternelle, & des devoirs respectifs.*

§. DCCCCXII. Puisque *les enfants* doivent, pendant toute leur vie, s'étudier à plaire à leurs parents dans toutes leurs actions (§. DCCCCXI.), ils *ne doivent point* auſſi *contracter un mariage ſans leur conſentement;* & comme ils ne contractent de mariage, que lorsque leur jugement eſt déjà aſſez mur, *il vaut mieux s'en tenir à leur propre jugement, qu'à celui de leurs peres & meres, lorsqu'ils les contrediſent ſans raiſon légitime* (ibid. & §. LXXVIII.), par conſéquent *leur mariage ne peut être annullé par le diſſentiment du pere & de la mere;* c'eſt pourquoi *leur conſentement eſt une affaire d'honnêteté* (§. XLIX.), & *non de néceſſité* (§. LXXX.). (*u*) *Du conſentement du pere & de la mere pour le mariage des enfants.*

§. DCCCCXIII. Comme les filles, en ſe mariant, paſſent dans un état, où leurs pe- *De la dot de la femme.*

c'eſt qu'il égale le pouvoir du tuteur à celui des parents; & que cette égalité de pouvoir eſt encore fondée ſur la même raiſon, ſavoir, que l'éducation eſt le ſeul fondement du droit paternel: d'où il paroit en premier lieu, que notre Auteur ne donne point à l'éducation cette étendue, ſous laquelle il la repréſente dans ſon grand Ouvrage, *P.* VII. §. 255: en ſecond lieu, qu'il fait abſtraction de l'ordre ſucceſſif, au moyen duquel l'eſpece humaine exiſte & ſe conſerve, & qui produit les liens & les relations de parenté.

§. DCCCCXII. (*u*) S'il eſt vrai, que les enfants tombent à la charge du grand pere & de la grand' mere, & ſucceſſivement à celui des autres parents, dès que le pere & la mere ſont hors d'état de les élever, ainſi que notre Auteur l'enſeigne au §. DCCCXCVII. & dans ſon grand Ouvrage *Tom.* VII. §. 832. & *ſeqq.* il ſemble, que l'obligation de requerir l'avis & le conſentement de pere & de mere & des proches parents, pour l'engagement conjugal, ſoit un devoir non pas de ſimple politeſſe, mais de néceſſité. Je ne vois pas du moins, comment des enfants peuvent impoſer à leurs parents le devoir d'élever ceux, qu'ils ſe mettent dans le cas d'avoir, ſans que leurs parents aient acquieſcé à leurs demarches, ou du moins ſans qu'ils aient dû y conſentir. Je me refere à ce que j'ai dit ſur ce ſujet dans la note aux paragraphes DCCCLXXXVII. & DCCCLXXXVIII. & j'en conclus, que ce ſont des loix très-ſages, qui rappellant les enfants à l'obſervation des devoirs, que les loix naturelles leur impoſent, leur ordonnent non-ſeulement de requérir le conſentement de leur pere & de leur mere, mais même celui de leur grand pere & de leur grand' mere, en cas qu'ils n'aient plus de pere ni de mere: & en cas qu'ils n'aient ni pere, ni mere, ni grand pere, ni grand' mere, celui des autres proches parents. Les Loix civiles varient à cet égard, comme ſur bien d'autres objets: la diverſité des principes que l'on adopte en eſt la cauſe: on ſaiſit ceux du Droit Romain, & on en fait ſans diſcernement l'application aux ſituations d'un peuple, qui a une conſtitution civile ſi différente de celle des Romains, qu'elle ne ſouffre abſolument point cette application. Les enfants, dit-on, ne pouvoient ſe marier, ſui-

peres & meres n'ont plus besoin de pourvoir à ce qui est nécessaire pour leur conservation (§. DCCCLXVI.), comme d'ailleurs les conjoints sont obligés de porter conjointement les charges du mariage, à proportion de leurs facultés (§. DCCCLXVIII.), & qu'on appelle *dot* ce qu'une femme apporte à son mari, pour soutenir les charges du mariage, *si les peres & meres donnent en mariage une fille, qui n'a point de bien par elle-même, ils doivent la doter à proportion de leurs facultés: ils n'y sont pas obligés cependant, si le mari consent de la prendre sans dot, ou s'ils ne peuvent pas la doter* (§. LX.). Et puisque c'est aux peres & meres à juger de leurs facultés (§. LXXVIII.), *la détermination de la dot dépend entierement de leur volonté.* Mais comme la dot est destinée à soutenir les charges du mariage, *on n'y doit employer que l'usufruit, & la substance doit être conservée pour la femme*, par conséquent *si l'on donne pour dot de l'argent, ou une chose taxée*, comme l'argent n'a aucun usage, à moins qu'on ne puisse le donner, *il faut transférer au mari le domaine de la dot*; c'est pourquoi *les biens du mari sont naturellement engagés pour la dot* (§. DCCV.). Les conventions, par lesquelles on convient de la dot, & des autres choses qui regardent l'utilité des conjoints, s'appellent *contract dotal.* Puisqu'il dépend de la volonté des contractants (§. DCLXVII.), *il faut s'en tenir à ce dont on est convenu par le contract dotal.* (*x*)

De la donation pour nôces. §. DCCCCXIV. Dans le Droit Romain on appelle *donation pour nôces*, la donation que le mari fait à la femme pour sureté de sa dot, laquelle, par conséquent, *ne doit pas être moindre que la dot*, cependant *naturellement elle n'est pas nécessaire* (§. DCCCCXIII.). (*y*)

Du morguengabe. §. DCCCCXV. On appelle *morguengabe* (*), le présent que l'époux fait à l'épouse le lendemain des nôces, pour prix de sa virginité. Puisque par la convention du mariage, l'épouse est obligée d'accorder à l'époux l'usage de son corps (§. DCCCLVIII.), *l'époux n'est pas obligé naturellement à payer quelque chose pour prix de son premier commerce avec son épouse*, par conséquent *le morguengabe*, introduit par l'usage des anciens Germains, *n'est pas de droit naturel.* Cependant en vertu de ce droit *la femme acquiert le domaine du morguengabe qu'elle a reçu* (§. CCCXVII.).

suivant le Droit civil Romain, sans le consentement de ceux, sous la puissance desquels ils étoient: c'étoit uniquement ce consentement qu'ils ne pouvoient se dispenser de requérir: ainsi (ajoute-t-on) toutes les fois que des enfants ne sont pas sous la puissance de quelques-uns de leurs parents, ils ne sont pas obligés de leur demander ce consentement. Sans m'arrêter aux objections particulières, que l'on pourroit faire à cet argument, j'observerai seulement, qu'il ne peut convenir qu'aux Etats civils, dans lesquels la puissance paternelle a lieu, précisement de la même façon qu'elle avoit lieu chez les Romains; & que toute autre application repugne aux regles les plus manifestes d'une saine logique. Aussi trouvet-on dans plusieurs Etats de l'Europe des Loix civiles, dans lesquelles on paroit s'être raproché des principes du Droit Naturel, & avoir suivi des idées très-différentes de celles, qu'on emprunte de la Législation Romaine.

§. DCCCCXIII. (*x*) C'est un principe de droit assez généralement adopté, que les femmes ont droit d'hypotheque légale sur les biens de leur mari: notre Auteur en donne ici la raison suivante: les biens de la femme (dit-il) ou la dot, étant destinés à soutenir les charges du mariage, ces biens ou cette dot doivent rester à la femme quant à la substance, & il faut uniquement en employer les fruits ou les revenus; or, ajoute-t-il, le mari ne peut retirer du fruit de l'argent, qu'en l'employant, donc il faut lui en transférer le domaine, & conséquemment les biens du mari sont naturellement hypothequés pour la dot. Notre Auteur cite sur la fin de ce raisonnement le paragraphe DCCV. & de-là il paroit qu'il ne donne à la femme d'autre hypotheque, que celle qu'il attribue à tous les Créanciers: ce n'est pas dans ce sens que le Droit civil donne l'hypotheque légale. Par hypotheque légale on entend un droit préférable à celui d'autres Créanciers sur le produit de certains effets.

§. DCCCCXIV. (*y*) Voyez ce que VINNIUS a écrit sur les donations, dont l'Auteur parle ici, dans ses notes au §. 3. *Inst. de donat.*

(*) C'est un mot Allemand, qui signifie présent du matin. R. d. T.

CHA-

CHAPITRE V.

Du droit héréditaire, ou des testaments & de la succession ab intestat. (†)

§. DCCCCXVI. On dit que celui qui après la mort de quelqu'un, acquiert les droits sur les biens qu'il avoit, *succède aux biens du défunt.* Celui qui succède s'appelle *héritier*, & le droit de succéder s'appelle *droit héréditaire.* La totalité des biens laissés par le défunt s'appelle *l'héritage*, ou *l'hérédité*, & le domaine qu'on acquiert sur elle s'appelle *domaine universel.* Enfin on dit qu'*on accepte l'hérédité* *, quand on déclare suffisamment par ses paroles ou par son fait, qu'on veut être héritier. Si cette volonté est déclarée par les paroles ou par un signe, sans cependant qu'il y ait aucun fait, cela s'appelle en particulier *addition d'hérédité*, si c'est par un fait, cela s'appelle *actes d'héritier*, ou *se porter pour héritier* †.

De l'héritier, & du droit héréditaire.

* hæreditatem suscipere.

† gestio pro hærede.

§. DCCCCXVII. Il paroit d'abord par là, que l'*héritier* étant la même personne morale que le défunt, par rapport aux biens laissés par celui-ci (§. DCCCCXVI.), *tous les droits & toutes les obligations du défunt, par rapport à ses biens, continuent en lui.* Et puisqu'en acceptant l'hérédité on accepte le droit héréditaire (ibid. & §. CCCXVI.), *on acquiert le droit héréditaire & avec lui le domaine universel, par l'addition d'hérédité, ou par l'acte d'héritier* (§. DCCCCXVI.), *& l'on acquiert l'hérédité par l'occupation de la possession* (§. CC.). (z)

De l'acquisition du droit héréditaire, & de l'hérédité.

§. DCCCCXVIII. Il paroit de-là qu'*on doit regarder comme appartenantes à l'hérédité toutes les choses corporelles, tant meubles qu'immeubles, soit qu'elles fussent au pouvoir du défunt, ou en celui de quelqu'autre, de même que les dettes, & tous les droits quels qu'ils fussent, les droits personnels seuls exceptés* (§. CCCC.), & que *les choses d'autrui*, puisqu'elles n'appartenoient pas au défunt (§. CCVII.), & qu'il faut les restituer à leur maitre (§. CCLXI.), *n'appartiennent pas à l'hérédité*, & qu'*il en faut déduire les dettes* (§. CCVII.).

Quelles sont les choses qui appartiennent à l'hérédité.

§. DCCCCXIX. Puisqu'il est évident en soi, que personne n'est tenu de payer pour

Si l'héritier est tenu au-delà des forces de l'hérédité.

(†) Chap. V. L'ordre que l'Auteur observe dans ces Institutions le conduit naturellement au droit d'hérédité: ce droit découle, comme on le verra, de l'existence successive qui fait passer les biens des morts aux vivants, suivant les relations produites par cette même succession. Il a traité de la société générale; ensuite de la société conjugale; il a fait connoitre après cela la maniere de compter les degrés d'affinité; sur cela il a donné une idée de la société paternelle & du pouvoir paternel: maintenant il passe aux devoirs & aux droits qui resultent de ces états respectifs, par rapport aux biens, possédés par celui ou ceux de cette société, qui est ou qui sont morts.

§. DCCCCXVII. (z) Il importe de faire attention au contenu de ce paragraphe: il exprime le principe général, dont il faut déduire tous les devoirs & toutes les obligations d'un héritier; & répond en effet à ce que nous lisons *l.* 59. *ff. de R. Jur. Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat.* „ L'acceptation de la succession fait passer en la personne „ de l'hériter, tous les droits & toutes les charges du défunt, & cet effet est même retroactif „ au temps de la mort du défunt. Ainsi l'héritier, par son acceptation, est censé dès ce „ temps devenu propriétaire, & même possesseur „ de toutes les choses, dont le défunt étoit propriétaire & possesseur au temps de sa mort; „ créancier de tout ce qui étoit dû au défunt, „ & aussi débiteur de tout ce que le défunt devoit; en un mot, il est censé la même personne que le défunt." Prevôt de la Janne's *Princ. de la Jurispr. Franç.* titre *Successions.* Art. 67.

pour un autre, & que le défunt lui-même, s'il vivoit ne pourroit payer plus qu'il n'y a dans ses biens, *naturellement l'héritier n'est pas tenu au-delà des forces de l'hérédité, si les dettes surpassent la masse des biens, & il n'est censé accepter l'hérédité, que dans l'intention de n'être pas tenu au-delà de ses forces.* C'est pourquoi pour pouvoir s'assurer des forces de l'hérédité, *si l'hérédité est chargée de dettes, il faut faire un inventaire* (§. DCCCCII.), duquel une spécification par serment ne differe pas dans l'état naturel, puisque les choses, qui ne se peuvent prouver par témoins, doivent se prouver par le serment (§. DCCLXXXI.). (*a*)

De la répudiation d'hérédité. §. DCCCCXX. On dit que quelqu'un *répudie l'hérédité*, quand il ne veut pas accepter le droit héréditaire, qui lui a été déferé. *Il dépend* donc *de la volonté de chacun d'accepter ou de répudier l'hérédité qui lui a été déferée* (§. CCCXVI.).

De la succession des enfants. §. DCCCCXXI. Puisque *les peres & meres* doivent avancer autant qu'ils le peuvent la fortune de leurs enfants (§. DCCCXCII.), ils *doivent en mourant laisser leurs biens à leurs enfants.* Et comme ils doivent avoir soin qu'au cas qu'ils meurent, ils laissent à ceux de leurs enfants, qui ne sont pas encore élevés, des biens qui puissent fournir aux frais de leur éducation (§. DCCCXCVI.), *si quelques-uns de leurs enfants sont élevés, & que d'autres ne le soient pas encore, & que les biens qu'ils laissent suffisent à peine à l'éducation de ceux-ci, ces biens, ou du moins leur usufruit, si les fruits sont suffisants, appartiennent naturellement à ceux qui ne sont pas encore élevés, jusqu'à ce qu'ils le soient.* Par la même raison, la même chose doit s'entendre des parents d'un dégré supérieur, & des enfants d'un dégré inférieur (§. DCCCXCVII.). C'est pourquoi, comme on appelle *héritiers siens* ceux qui descendent du défunt par la génération, *les enfants du premier & du dernier degré sont héritiers siens.* Et puisque nous devons pourvoir à la fortune des enfants du dernier degré, aussi-bien qu'à celle de ceux du premier (comme nous l'avons démontré), *si le défunt avoit des enfants du premier degré & d'un degré plus éloigné, ceux-ci prennent naturellement la place de leurs peres & meres.* Comme donc

§. DCCCCXIX. (*a*) Le raisonnement que l'Auteur fait ne paroit pas des plus justes: il est vrai, que personne n'est tenu de payer les dettes d'autrui, mais cela suppose qu'il ne s'est rien fait, par où cette obligation auroit pu avoir été contractée. Une personne qui se porte pour héritiere d'une autre, est dans une situation bien différente de celle, qui ne le fait point, ou qui répudie une hérédité; ce n'est donc pas dans le principe qui dicte, que personne n'est tenu de payer les dettes d'autrui, qu'il faut chercher si un héritier est tenu de payer toutes celles du défunt quand même l'héritage n'y suffiroit point; mais il faut voir si l'addition de l'hérédité, n'est pas un acte de telle nature qu'il en impose le devoir: comme il est libre à chacun de prendre ou de répudier un héritage, pourquoi celui qui commet un acte, par lequel il déclare qu'il se met dans la fortune d'un défunt, ne devroit-il être tenu d'acquitter les dettes qui se trouvent dans l'héritage, qu'autant que les fonds de l'héritage y suffisent. Par quelle raison ne devroit-on pas laisser à ceux, qui courrent le risque de perdre, celui de faire quelque profit; & pourquoi ne pourroit-on point par ce motif abandonner l'héritage aux créanciers, si personne ne veut se l'approprier à la charge, de représenter le défunt en tout sens, par rapport à ses dettes & à ses créances, suivant la maxime *hereditas est successio in omne jus quod defunctus habuit. l. 62. l. 128. §. 1. ff. de div. reg. jur. l. 24. ff. de verb. oblig. l. 37. ff. de adq. vel omitt. hered.*

§. DCCCCXXI. (*b*) L'obligation de laisser ses biens à ses enfants, si déjà ils ont été élevés & établis d'une maniere convenable, est une obligation imparfaite. Les parents peuvent avoir de très-bonnes raisons, pour ne pas laisser tout leur bien à leurs enfants, & même pour les en destituer tout-à-fait. Il n'en est pas de même de ceux, dont l'éducation n'a point été achevée, ou qui n'ont point été établis encore: le devoir d'élever & d'établir les enfants est un devoir parfait; desorte que pere & mere sont obligés, en vertu d'une obligation parfaite, de faire passer à ceux de leurs enfants, qu'ils n'ont pu élever & établir avant leur décès, autant de bien qu'il en faut pour achever leur éducation & les établir: c'est sur la rai-

donc on appelle *droit de représentation* le droit qu'ont les enfants d'un degré plus éloigné, de prendre la place de leurs peres & meres, avec les enfants du premier degré, qui concourent à l'hérédité, ce *droit de représentation est naturel*, ou *conforme au droit naturel.* (*b*)

De la succession des peres & meres.

§. DCCCCXXII. Puisque les enfants font obligés de reconnoitre autant qu'ils le peuvent, les bienfaits de leurs peres & meres (§. DCCCXCIV), *si quelqu'un meurt sans laisser d'enfants, il doit naturellement laisser ses biens à ses parents, d'un ordre supérieur au premier degré, ou à leur défaut au second* &c. En effet les bienfaits accordés à nos parents du premier degré par leurs peres, qui sont les notres dans un degré plus éloigné (§. DCCCLXXIX.), passent à nous par eux. (*c*)

De la delation d'hérédité dans la ligne droite.

§. DCCCCXXIII. Il paroit de-là, que *naturellement dans la ligne droite l'hérédité est déferée aux descendants, en observant le droit de représentation, & à leur défaut, aux ascendants suivant les degrés* (§. DCCCCXXI. DCCCCXXII.).

Quel est le droit de succéder des enfants & des ascendants.

§. DCCCCXXIV. Puisque *le droit de succession des enfants & des peres*, non-seulement est établi par la nature, mais qu'il nait encore d'une quasi-convention (§. DCCCCXXI. DCCCCXXII.), il *subsiste non-seulement par maniere de devoir* (§. LVII.), *mais encore comme un droit acquis par une convention* (§. DCCCCIX. DCLXXXVII.), *qu'on ne peut leur ôter* (§. C.). Joignez à cela que la société paternelle, qui au commencement étoit fondée sur le consentement présumé des enfants (§. DCCCCIX.), se confirme par leur ratification, lorsqu'ils parviennent à un âge plus avancé, la quasi-convention devenant alors une convention expresse. Ce consentement tacite s'étend à la famille des parents d'un ordre supérieur (§. DCCCLXXVII. DCCCLXXXI.), du moins elle doit s'y étendre par le Droit naturel. (*d*)

De la renonciation des enfants.

§. DCCCCXXV. On dit qu'un pere *renonce son enfant*, s'il déclare suffisamment, qu'il ne veut plus le reconnoitre pour son enfant. *Si les enfants sont, le sa-*

raison qui le dicte qu'est fondé l'édit, dont parle ULPIEN *l.* I. *ff. de collat. bonorum*, en ces mots: *Hic titulus manifestam habet æquitatem. Cum enim Prætor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatas admittat, participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum: consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna:* il est naturel que l'état de ceux, qui ont eu l'avantage de l'éducation & d'être établis, soit mis par rapport aux biens paternels & maternels, à l'égalité de l'état des enfants qui n'ont pu jouïr de cet avantage. Mais s'il est raisonnable ou nécessaire, que les parents laissent leurs biens à leurs enfants, on pourroit demander, par quels moyens ce devoir peut & doit être rempli? Les paragraphes suivants répondent à cette question.

§. DCCCCXXII. (*c*) L'obligation de laisser son bien à ses parents est, de la maniere dont l'Auteur en parle, une obligation imparfaite. Cependant comme le devoir d'élever & d'établir ses enfants, est un devoir parfait; & que la vieillesse peut nous mettre dans le cas, d'avoir besoin du secours d'autrui pour vivre, comme les enfants s'y trouvent par la jeunesse; le devoir de subvenir aux nécessités de ses parents, est également de la nature de ceux que l'on nomme parfaits. Aussi le Droit Romain considere ces droits & ces devoirs réciproques, des parents & des enfants sur un pied égal, comme on peut le voir au titre des Pandectes, *de agnoscendis & alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis.* Le devoir de laisser son bien à ses parents, n'est donc imparfait qu'autant, que les parents peuvent se passer de secours.

§. DCCCCXXIV. (*d*) Notre Philosophe nous ayant représenté dans les paragraphes précedents le droit de succéder réciproquement aux biens, délaissés par les parents ou par les enfants, tache dans ce paragraphe-ci d'en faire un droit parfait: il se fonde pour cela sur le quasi-contract ou le quasi pacte, qu'il prétend avoir lieu dans la société paternelle, & dont il a parlé au §. DCCCCIX. J'en ai dit à cet endroit ce que j'en pense, & m'y refere.

sachant & le voulant, des choses diamétralement contraires à leurs devoirs envers peres & meres, ou qu'ils ne veuillent point quitter une vie criminelle, puisqu'alors ils manquent à la convention, ou quasi-convention, sur laquelle est fondée la société paternelle (§. DCCCCIX. DCCCCXXIV. CCCCXLII.), *naturellement il est permis de les renoncer* (§. CCCCXLII.). Il est évident au reste, que des enfants renoncés perdent leurs droits d'enfants. (*e*)

De la quantité du droit héréditaire des enfants & des peres. §. DCCCCXXVI. Puisque les enfants & les peres ont le droit de succéder, parce qu'ils sont enfants & peres (§. DCCCCXXI. DCCCCXXII.), *naturellement tous les enfants du même degré, ont un droit égal à l'hérédité de leurs peres, & de même les ascendants de même degré à l'hérédité des enfants*, par conséquent, *ils doivent partager également l'hérédité entr'eux, & ceux qui succèdent par droit de représentation* (§. DCCCCXXI.), *doi-*

§ DCCCCXXV. (*e*) Il n'est pas nécessaire de recourir à la violation d'un contract, pour donner aux parents le droit de ne plus reconnoitre leurs enfants: c'est-à-dire, le droit de ne pas remplir à leur égard les devoirs, que l'on est obligé d'observer envers des enfants, qui ne manquent point à ceux, auxquels ils sont tenus envers leur pere & mere: car d'ailleurs les droits & les devoirs de pere & de mere envers leurs enfants, sont immuables: ils subsistent toujours: ils ne permettent point qu'un pere abandonne un enfant, ou le retranche de la famille. S'il lui ôte ses bonnes graces, s'il le destitue de l'héritage paternel, soit en tout soit en partie, enfin quoiqu'il fasse, il ne doit le faire que comme des moyens, employés pour le ramener & le corriger: & de là il paroit que l'idée de contract, que l'on fait intervenir dans une famille, pour assigner quels sont les droits & les devoirs des membres, bien loin de nous indiquer la bonne route, est très-propre à nous la faire manquer.

§. DCCCCXXVI. (*f*) Ce paragraphe exprime le fondement, ou la regle générale de la succession ab intestat.

§. DCCCCXXVII. (*g*) La démonstration que l'Auteur donne ici du droit de disposer de ce que l'on possede, par voye de testament, est très simple, très claire, & de la derniere évidence: cependant des Auteurs très célebres & fort accrédités, refusent ce droit à l'homme, prétendant qu'il répugne aux principes du Droit naturel, que l'homme puisse durant sa vie disposer de ses biens, de façon qu'après sa mort, le domaine en passe à celui qu'il aura désigné: la matiere me paroit assez intéressante pour m'y arrêter. On sait que dans quelques pays la faculté de tester y est entierement libre; que dans d'autres elle est limitée à plusieurs égards; qu'il est des pays dans lesquels on ne jouït du droit de tester, qu'après en avoir obtenu la permission, soit du Souverain, soit du Magistrat; qu'il en est enfin dans lesquels ce droit n'a point lieu du tout. Il n'est donc pas indifférent, même à ne considérer que les dispositions du Droit civil, de rechercher jusqu'à quel point elles s'accordent avec les préceptes du Droit naturel. Pour le faire avec ordre, j'examinerai d'abord les différentes raisons, qu'on allegue sur le pour & le contre du droit de disposer de ses biens par testament: ensuite je tâcherai de justifier ce droit, & de montrer que les Loix civiles qui l'ont adopté, se sont moins éloignées des principes des Loix naturelles, qu'on ne le pense ordinairement.

Par rapport aux raisons employées pour prouver, que la faculté de tester n'est point conforme aux principes du Droit naturel, j'observe d'abord, qu'elles me paroissent plutôt porter sur les définitions défectueuses qu'on a données de cette faculté, que sur cette faculté même. I. La nécessité (dit-on) & l'utilité sont les deux fondements, sur lesquels est établi le droit de domaine (*jus dominii*): ôtez à ce droit cette base, vous le détruisez totalement. Or en cessant de vivre, on cesse d'avoir des besoins, & de pouvoir retirer du fruit de ce que l'on possédoit: donc le droit de domaine, qui en resulte cesse de même: donc on ne peut disposer de ce droit de façon, qu'il passe par notre mort à celui qu'on a désigné. A bien considérer ce raisonnement il n'est pas difficile, ce me semble, de s'appercevoir que ceux, qui s'en servent ne font pas attention, que par-là ils bornent nos facultés morales à des besoins présents & personnels: car si le domaine, acquis sur une chose, doit cesser dès que personnellement je n'en puis retirer aucun fruit, ou que je ne suis pas réduit par nécessité à en avoir besoin, il faudra également soutenir, qu'on le perd toutes les fois qu'on prend du repos. Non, dira-t-on, car tandis que l'on jouit de la vie, soit qu'on dorme ou qu'on soit éveillé, il est toujours possible, qu'on retombe dans le cas d'avoir besoin de ce que l'on possede, ou d'en retirer le fruit, & cette possibilité cesse après la mort. Soit: ce ne sera donc plus un besoin actuel ni une utilité présente, qui seront le fondement, au moyen duquel j'aurai le droit *de conserver* ce dont je ne retire pas

doivent recevoir la portion que leur pere auroit reçue, s'il eut été en vie. (*f*)

§. DCCCCXXVII. On appelle *testament* une déclaration expresse de la volonté du défunt, touchant le transport du domaine des choses laissées après sa mort, & touchant les autres choses, qu'il veut qu'on fasse après sa mort; déclaration faite sous condition, que l'acceptation ne pourra se faire qu'après sa mort. Puis donc qu'on peut transférer le domaine à un autre, à condition qu'on ne pourra l'accepter qu'après la mort de celui qui le transfere (§. CCCXIV.), *le testament est de droit naturel, il n'est pas nécessaire que l'héritier soit instruit de la volonté du testateur avant sa mort, & l'on peut révoquer & changer un testament comme on le veut avant que de mourir* (ibid.). D'où il suit, que *le testament ne devient valide ou irrévocable, que par la mort du testateur.* (*g*) *Du testament.*

§. DCCCCXXVIII.

pas une utilité actuelle, mais ce sera la possibilité de pouvoir en avoir besoin & d'en pouvoir retirer du fruit. Or par quels principes a-t-on jamais prouvé, que l'utilité & les besoins actuels fussent les seuls titres, qui donnent le droit d'occuper ce qui n'a point de maitre; & que la possibilité d'en avoir besoin ensuite, ou d'en pouvoir retirer du fruit après cela, fut le seul titre qui donnât droit de le conserver? Les Loix naturelles ne nous ordonnent-elles point, que nous devons travailler pour le bien de notre famille, de nos parents & de nos amis? nos acquisitions ne doivent-elles pas porter sur ce but, aussi-bien que sur nos propres besoins tant actuels que futurs? comment donc peut-on alléguer l'utilité & les besoins du Testateur seul, comme une raison valable pour ne pas admettre le droit de tester, tandis que le Testateur n'a jamais pu ni les acquérir ni les posséder à ce seul titre? Un pareil raisonnement ne suppose-t-il pas visiblement, qu'un Testateur vient au monde & en sort, comme un être isolé qui existe sans aucune relation? du moins ce raisonnement péche par les bornes, dans lesquelles il renferme les devoirs & les droits de l'homme, par rapport aux acquisitions: il suppose que je ne puis rien acquérir, que pour une utilité & des besoins actuels, & non point avec la faculté d'en disposer par testament, & cette supposition, bien loin d'avoir jamais été prouvée, n'a pas même le moindre fondement. II. Nous acquérons le domaine des choses par la possession; nous le perdons de même, dit Mr. DE BYNCKERSHOEK, qui raisonne ensuite de cette façon: „ Suivant le Droit des Gens, tout „ le pouvoir & toute la puissance que les mai„ tres ont sur leurs biens git dans la possession: „ par la mort on perd la possession, conséquem„ ment le droit qui y est attaché, & la disposition „ des biens qui nous appartenoient. Les vivants „ même, suivant le pur Droit des Gens, ne sont „ maitres de leurs biens, qu'autant qu'ils le pos„ sédent, comment le seroient-ils après la mort? „ S'ils conservent encore après cela quelque pou„ voir, surement n'est-ce pas en qualité de mai„ tre (*dominus*) qu'il leur en reste: il leur vient „ d'ailleurs; & d'où, si ce n'est par le Droit ci„ vil? La nature & la raison ne vous cedent pas „ même le domaine pour la vie: comme elles l'ont „ accordé à celui qui s'en est saisi, elles l'accor„ dent de nouveau à celui qui s'en saisit après; „ la possession perdue, la chose revient à son „ premier état. Son premier état la rend com„ mune: c'est par la saisie qu'elle est tombée en „ propriété: c'est là la voye qui donne le domai„ ne, & dans le vrai, il n'en est point d'autre „ suivant le Droit des Gens. Qu'on ne dise donc „ pas, que la nature ou la raison aient prétendu „ rendre les domaines éternels par la seule vo„ lonté, & les faire passer d'héritiers à héri„ tiers. La terre n'est pas destinée uniquement „ pour ceux de ce siecle, mais également pour „ ceux qui viennent après; & à chacun est laissé „ le prix de ses soins, & de son industrie. Ainsi, „ le vivant succede au mort, comme une onde „ remplace une onde, desorte qu'il faut considé„ rer le vivant comme s'il entroit dans une pos„ session vacante, & comme s'il s'étoit emparé du „ domaine par le Droit des Gens: or c'est celui „ qui a possédé avec le vivant ce que le vivant „ a eu, ou qui s'en saisit le premier après sa „ mort, qui le remplace à son decès."

Ce passage de Mr. DE BYNCKERSHOEK est encore une preuve, que toutes nos études, tous nos talents, & toutes nos connoissances sont peu utiles, & même souvent nuisibles, si l'on n'a pas l'esprit juste, & qu'on ne se soit pas accoutumé à raisonner avec exactitude. Ce célebre Auteur y commet plusieurs bevues, que je n'indiquerai qu'autant que l'exige le sujet que je traite. I. Il y affirme, que par le *Droit des Gens, tout le pouvoir & toute la puissance des maitres sur leurs biens git dans la possession*, (*vis & potestas dominorum eo jure in sola erat possessione*). Or s'il faut prendre ici le *Droit des Gens* dans la signification, que lui donne le Droit Romain, c'est-à-dire, pour ce qui est généralement adopté par les Nations, (& on ne

peut

peut l'admettre ici dans un autre fens) l'affertion de l'illuftre Préfident eft non-feulement deftituée de preuve; mais elle n'eft pas même fufceptible de démonftration, attendu que la poffeffion, n'a jamais été confidérée fuivant le Droit des Gens, pris même dans ce fens, comme faifant feule la force & le pouvoir des domaines, ainfi qu'il paroit par ce que notre Auteur a enfeigné §. CXCI. *& fuiv.* outre que l'expreffion de *vis & poteftas dominorum* en eft une, à laquelle on aura bien de la peine à attacher une idée nette. 2. Les moins verfés dans la Jurifprudence favent, que la poffeffion ne donne que le pouvoir d'exercer phyfiquement une faculté que l'on a moralement; comment donc la poffeffion feule peut-elle faire la force & le pouvoir d'une faculté morale? 3. Dabord l'illuftre Préfident commence par expofer, ce que felon lui le Droit des Gens dicte, en continuant il fubftitue au Droit des Gens *la nature, & la raifon*, & il affirme fans preuve, que la nature & la raifon ne nous donnent pas feulement le domaine des chofes pour notre vie; il rappelle enfuite le *Droit des Gens*; & puis revient encore à *la nature* & à *la raifon*. Avouons qu'en tout cela il y a bien peu de logique. 4. Il n'eft pas vrai, que la poffeffion fait la force & le pouvoir du domaine: c'eft l'obligation de tout autre, de nous laiffer jouïr d'une chofe qui en fait la force & le pouvoir, à confidérer ce point dans un fens moral: & fûrement ce n'eft pas dans un fens phyfique, qu'il faut prendre les termes quand on agite une queftion de Droit. 5. Il ne faut pas beaucoup de pénétration pour s'appercevoir, que le paffage, que je viens de citer de Mr. DE BYNCKERSHOEK, n'eft qu'un tiffus d'affertions, qui fe fuccedent fans aucun raifonnement, & qui, à les bien prendre, ne forment qu'une petition de principe, dans laquelle l'illuftre Préfident confond ce qui conftitue le domaine, avec ce qui en conftitue l'exercice. 6. La queftion eft de favoir, fi l'homme a naturellement le droit d'acquérir des biens, de façon à pouvoir les faire paffer par fa mort, à celui qu'il aura défigné, fi celui-ci veut les prendre: or dire que la nature & la raifon, ne lui donnent droit fur les chofes que pour fa vie; & que ces chofes retombent par fa mort dans la communauté primitive; que l'homme fuccede à l'homme dans la poffeffion des biens, comme une onde remplace une onde; c'eft affirmer ce qui eft en queftion, & non pas prouver une propofition conteftée.

En ôtant au paffage, que je viens de citer de Mr. DE BYNCKERSHOEK, tout le fuperflu & tout ce qui le rend obfcur, fes idées reviennent dans le fonds à cet argument-ci. „ La Providence „ donne droit à l'homme d'occuper telle partie „ ou tels biens de la terre, dont il a befoin pour „ vivre & pour vivre heureux; parce que fans cela l'homme ne peut fe conferver, ni travailler „ à fa félicité: dès qu'il meurt, ce but ceffe, fon „ befoin s'éteint & par-là auffi le droit qui en „ refulte." Or cet argument n'eft point différent de celui que j'ai propofé en premier lieu; il péche, comme je l'ai obfervé ci-deffus, en ce qu'il limite le droit du domaine aux objets, dont chacun a befoin pour foi-même, là où nos devoirs s'étendent bien plus loin. Auffi d'autres Auteurs, quoique n'adoptant point le droit de tefter, donnent-ils plus d'étendue à celui, que l'on nomme droit de domaine (*jus dominii*): ils avouent, que la Providence a accordé à l'homme celui d'occuper & de rendre fien, tout ce dont il a befoin pour fa confervation, & pour augmenter fon bonheur & celui de fon prochain: mais ils prétendent cependant, que le but & les befoins venant à ceffer par la mort, le droit qui y eft fondé ceffe de même: & qu'un mort d'ailleurs ne peut faire un acte de volonté. Il eft aifé de voir, que ces Auteurs péchent contre leurs propres principes: leur conclufion eft fondée fur des prémiffes qu'ils n'admettent point. Outre les réflexions que j'ai déja faites fur le raifonnement, dont il eft ici queftion, j'obferve encore 1. qu'on ne prouve point, qu'une difpofition teftamentaire foit un acte de volonté fait par un mort: point en queftion, puisqu'on accorde qu'un mort n'eft pas fufceptible de droits ni de devoirs. 2. Qu'on ne prouve point, que le devoir de fe conferver & celui de contribuer au bien être de fon prochain, fe bornent à des actes de notre volonté, dont les effets n'ont lieu que durant notre vie: car voici à quoi revient proprement le raifonnement, que j'examine ici;

La Providence nous a accordé le droit de domaine, pour que nous fuffions en état de fatisfaire à nos befoins, & de contribuer au bien être de notre prochain;

Donc ce droit eft borné à des actes de volonté, dont l'effet n'a lieu que durant notre vie.

Et ce raifonnement fuppofe manifeftement, que nous ne pouvons faire pour le bien de notre prochain d'autres actes, que ceux qui ont leur plein effet pendant notre vie. Pour faire fentir la force de cette réflexion, je vai préfenter le raifonnement, dont il eft queftion, en ajoutant la majeure, qui fert de bafe à la conclufion. Le voici:

Tout droit que la Providence nous accorde, pour que nous foyons en état de fatisfaire à nos befoins, & de contribuer au bien-être de notre prochain, fe borne à des actes de volonté de notre part, qui ont leur effet durant notre vie.

Or la Providence nous a accordé le droit de domaine, pour que nous fuffions en état de fatisfaire à nos befoins, & de contribuer au bien-être de notre prochain.

Donc le droit de domaine fe borne à des actes de volonté de notre part, qui ont leur effet durant notre vie.

On

On peut non-seulement nier cette majeure; mais il ne faut point un esprit fort pénétrant pour sentir qu'elle est fausse.

III. Il est ridicule, dit-on, d'exercer une volonté dans le temps qu'il est impossible qu'on puisse vouloir quelque chose: en admettant les dispositions testamentaires, on suppose (dit-on) qu'un décedé fait usage de sa volonté, dans le temps qu'il n'en a point, puisque ce n'est qu'après sa mort, qu'il fait passer le domaine de ses biens à celui qu'il a nommé son héritier, qui ne l'accepte qu'après la mort du Testateur; d'où l'on conclut, que les dispositions testamentaires sont contre le Droit naturel. Ce raisonnement est assez approchant de celui qu'on fait, pour prouver que le mouvement est impossible. On ne se meut point, dit-on, dans l'endroit dans lequel on est, ni dans celui dans lequel on n'est point; donc, ajoute-t-on, il ne peut y avoir de mouvement. Qui ne voit que c'est là un jeu de mots? Qu'est-ce que vouloir? c'est donner la préference à telle situation, sur telle autre, ou sur plusieurs autres situations. Or quelle absurdité y a-t-il qu'aujourd'hui je préfere, qu'après ma mort *Titius* possede mes biens plutôt que *Cajus*? Il n'est pas absurde non plus, qu'aujourd'hui j'énonce cette préference. Ainsi la question se réduit uniquement à savoir; d'un côté si j'ai droit de faire cette préference & de l'énoncer; & d'un autre côté, si après ma mort ceux qui sont en vie doivent respecter cette préference, ou ne la point respecter? *Cajus* à Paris envoit un plein-pouvoir à *Sempronius*, demeurant à Petersbourg, pour y arranger une certaine affaire: avant que le plein-pouvoir arrive à Petersbourg, *Cajus* meurt. Il cesse de vouloir. *Sempronius* en attendant reçoit le plein-pouvoir & commence à travailler. Cet acte sera-t-il nul parce que, dans le temps que la volonté de *Cajus* s'est manifestée à *Sempronius*, *Cajus* n'avoit plus de volonté? ou l'un ou l'autre: la volonté de l'homme peut se porter à des actes futurs, ou doit se borner à des actes présents: personne n'a poussé le goût pour les paradoxes au point de soutenir, que la volonté de l'homme doit se borner aux choses présentes; mais si elle peut se porter à des choses futures, il en resulte que la volonté de l'homme peut s'étendre à des effets qui n'auront lieu, qu'après qu'il aura perdu la faculté de vouloir; attendu que la volonté de l'homme ne peut se porter à des choses futures, qu'avec la possibilité, que l'effet ne s'en suive qu'après sa mort, puisqu'on n'est pas un moment sûr de la vie: ainsi c'est abuser des termes de dire, que celui qui dispose de ses biens par testament, fait un acte de volonté dans le temps qu'il n'a plus de volonté. *Cajus* se sent incommodé: il craint de tomber dans un état de langueur, qui lui ôtera les moyens de vaquer à ses affaires. Il en previent son Epouse, & lui dit d'employer dans ce cas son ami *Séjus*, & de lui laisser en tout le maniement de ses affaires. *Cajus* tombe malade comme il l'avoit prévu: la volonté de *Cajus* sera-t-elle nulle, parce que *Cajus* se trouve actuellement dans le cas de ne pouvoir exercer aucun acte de volonté?

IV. Le domaine, dit-on, est de telle nature, qu'il ne peut passer de l'un à l'autre, que lorsque la volonté de celui qui le transmet, & la volonté de celui qui l'accepte concourent en même temps à cet acte: or dans une disposition testamentaire ces volontés ne concourent point; donc &c. Pour s'authoriser d'un pareil raisonnement, il faudroit du moins être en état de prouver la majeure. *Titius* à Paris a un Ami à la Martinique: il lui écrit; j'ai été chez *Sempronius*, & je lui ai donné un acte en forme, par lequel je vous fais présent du plantage que vous avez sous votre direction. *Titius* meurt quelques jours après: niera-t-on que le domaine du plantage ne puisse passer par cet acte à l'ami de *Titius*, parce que celui-ci ne l'a pas accepté, & n'a pu l'accepter dans le moment qu'on le lui a transmis. Que *Titius* à Paris écrive à son ami *Cajus* à Amsterdam: voici un billet de lotterie dont je vous fais présent; & qu'en effet il lui envoye un billet de lotterie; que le lendemain après l'expédition de cette lettre, le billet sorte avec un prix de vingt-mille livres; que *Titius* se repente du don qu'il a fait, avant que *Cajus* ait reçu sa lettre, & cependant que *Cajus* recevant la lettre, ait immédiatement écrit qu'il acceptoit le présent: ce présent sera-t-il de nulle valeur, parce que *Cajus* n'a pas accepté le billet dans le moment que *Titius* le lui a transferé?

V. Rien n'oblige (dit-on) les vivants de respecter les dernieres volontés d'un décedé. C'est encore une petition de principe: car s'il est prouvé, qu'on a le droit de disposer de ses biens par testament, il est également prouvé, que les vivants doivent respecter ces dispositions; puisque le droit d'une part, emporte l'obligation de l'autre part. En ne respectant point les dernieres volontés d'un mort, on ne lui fait, ajoute-t-on, aucun tort, parce qu'il n'en est pas susceptible. Ce raisonnement est une pure échapade: la question est de savoir, si la désignation d'un héritier doit être respectée ou non: or qui est celui qui après la mort du Testateur est intéressé à savoir ouï, ou non? Ce n'est pas le décedé; mais celui qui a été désigné successeur dans ses biens: la question n'est donc plus, si en ne respectant point la volonté du mort vous faites tort au mort, mais si par là vous ne faites point tort à celui, qui a été désigné par lui comme successeur dans ses biens?

Outre ces raisons on en allegue encore d'autres: par exemple; que les testaments se font souvent par haine; que les loix civiles de différents pays ne s'accordent point sur ce sujet, tandis que le Droit naturel doit être par-tout le même; que l'usage des testaments n'a commencé à avoir lieu

que bien tard; qu'il eſt contraire à la raiſon, qu'un particulier puiſſe détruire par le teſtament la ſucceſſion ab inteſtat, &c. On peut voir toutes ces raiſons en abrégé, dans les notes de OTTO & de TREUER au §. 13. *L.* I. *Ch.* XII. du *Devoir de l'Homme & du Citoyen*, par PUFENDORF. Je me contenterai d'y remarquer, 1. que les méchants motifs, qui portent ſouvent les hommes à faire un mauvais uſage de leur droit, ne peuvent jamais ſervir de preuve, qu'un autre ne puiſſe s'en ſervir par un bon motif. Tout acte qui ne devient vicieux, que par le mauvais motif qui y a donné lieu, eſt permis & licite par lui-même. 2. Que la différence des loix civiles ſur un objet de Droit naturel, prouve uniquement que les hommes peuvent ſe faire des idées différentes ſur des vérités morales; & que des vérités, relatives aux circonſtances & aux ſituations particulières, ont été admiſes différemment par les différents peuples. 3. Qu'il n'y a aucune concluſion légitime dans ce raiſonnement-ci: les hommes n'ont ſongé que bien tard à ſe ſervir de teſtaments; donc les teſtaments ſont contraires au Droit naturel. Qu'on applique ce raiſonnement aux Lettres de change, à l'inſtitution d'une Banque, au commerce par Commiſſion, & mille autres inſtitutions humaines, dont on ne s'eſt aviſé que bien tard. 4. Il ne ſuffit pas de dire qu'il eſt contraire à la raiſon, qu'un particulier détruiſe par le teſtament, la ſucceſſion ab inteſtat établie par le Droit des Gens: il s'agit de prouver cette Theſe; & c'eſt de quoi il eſt ici queſtion.

J'en ai, je crois, aſſez dit pour faire voir, qu'on n'a point prouvé, que les diſpoſitions teſtamentaires ſont contraires au Droit naturel. Voyons maintenant les raiſons, employées pour prouver que les diſpoſitions teſtamentaires ſont permiſes, & même preſcrites par le Droit naturel.

I. La nature du domaine (dit-on) exige que je puiſſe le transférer, ſoit purement, ſoit ſous condition: or une diſpoſition teſtamentaire ne fait que transférer un bien ſous condition. Ainſi &c. On y repond, que l'aliénation ne peut ſe faire ſans acceptation; que l'acceptation ne pouvant ſe faire qu'après la mort de celui qui transfere, l'aliénation ſe feroit dans le temps qu'on ne peut plus transférer: enfin que c'eſt proprement de quoi il s'agit, ſi le domaine eſt de telle nature, qu'on puiſſe le transférer ſous la condition, qu'on pourra en diſpoſer de nouveau, & que celui auquel on le transfere ne pourra l'accepter qu'après notre mort. II. „ Suppoſé, dit Mr. BARBEIRAC, „ que les hommes fuſſent immortels, un Propriétaire conſerveroit éternellement ſon droit ſur „ ce qu'il a une fois acquis: la néceſſité de mourir, à laquelle tous les hommes ſont ſujets, ne „ lui permettant pas de jouir de ſes biens, que „ pendant quelques années, il eſt naturel qu'il „ s'en dédommage, & qu'il perpétue autant qu'en „ lui eſt ſon droit de propriété juſqu'après ſa „ mort, en déclarant à qui il veut le faire paſſer; enſorte que l'héritier prenant la place du „ défunt, & le repréſentant en quelque maniere, „ nul autre n'ait pas plus à prétendre aux biens „ de celui-ci, que s'il les poſſédoit encore lui-même." Ce raiſonnement de Mr. BARBEIRAC n'eſt ſûrement point des plus concluants, & ce n'eſt pas ſans fondement, que Mr. STRUBE DE PYRMONT y obſerve, que l'homme n'a pas plus raiſon de ſe plaindre, que ſon droit de domaine s'éteint par ſa mort, que de ce que la vie ne lui a été accordée que pour un certain temps. III. Les biens ſont pour l'ordinaire le fruit de l'induſtrie, il eſt donc juſte, que celui qui les a acquis en diſpoſe de façon, qu'ils ne tombent pas par ſa mort entre les mains du premier venu, d'où reſulteroient des deſordres infinis. On répond à cet argument, que ſi la ſociété humaine étoit ſujette à des deſordres, en cas que les biens d'un mort duſſent retomber dans la communauté primitive, cette ſituation ne nous authoriſe pas d'en inférer, que l'on a droit de diſpoſer de ſes biens par teſtament: & que d'ailleurs cet argument ne feroit concluant, que pour des biens acquis par induſtrie, & non pas pour ceux qu'on poſſéderoit d'ailleurs. IV. La ſucceſſion ab inteſtat, généralement admiſe, feroit ſouvent paſſer les fruits de l'induſtrie d'un mort, à ceux qui devroient le moins en être gratifiés; il eſt donc juſte, que celui qui vit puiſſe prévenir cet effet par une diſpoſition teſtamentaire. Ce raiſonnement, dit-on, prouve uniquement l'inconvénient de la ſucceſſion ab inteſtat, mais non pas le droit de le prévenir par une diſpoſition teſtamentaire: & ne le prouve encore, que relativement à des biens acquis par induſtrie.

Voilà comme de part & d'autre on raiſonne; car ſi l'on veut prendre la peine de conſulter PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* IV. *Ch.* X. la note de BARBEIRAC miſe au §. 4. les notes qu'OTTO, TREUER, TITIUS ont ajoutées au §. 13. de PUFENDORF *de Off. hom. & civ. L.* I. *C.* XII., les Auteurs cités par WALCHIUS *in Lex. Philoſoph. T.* II. *p.* 2531. *& ſeqq.* GROTIUS enfin *Droit de la Guerre & de la Paix*, *Liv.* II. *Ch.* VI. §. 5. & ſes Commentateurs, & les Auteurs cités par Mr. le Conſ. SCHORER, dans ſes notes au *Chap.* XIV. du *Liv.* II. de GROTIUS, *Introd. au Droit Hollandois*, on trouvera, que les différents raiſonnements, employés de part & d'autre ſur le pour & le contre de la queſtion propoſée, reviennent dans le fonds à l'expoſé que je viens d'en faire: & pour peu qu'on y faſſe attention, on verra que toute cette diſpute n'auroit pas eu lieu, ſi l'on s'étoit formé une idée diſtincte de ce que l'on nomme domaine, & ſi l'on avoit fait attention aux droits, qui reſultent immédiatement des motifs, qui doivent déterminer la volonté de l'homme dans toutes les actions de ſa vie. Auſſi n'a-t-on qu'à écarter du point en queſtion tout ce

qui

qui lui est étranger, & à le ramener à des principes clairs & simples, pour n'avoir plus de doute sur la maniere dont elle doit être décidée.

La question proposée est de savoir, si selon le Droit naturel, l'homme a droit de disposer de ses biens par testament. Pour répondre à cette question il faut commencer par fixer le sens dans lequel le mot *Testament* y est employé: ce mot y désigne tout acte, par lequel on indique quelqu'un comme successeur dans les biens qu'on laisse par sa mort: cet acte est par sa nature une marque de notre volonté ou de nos désirs, parce que dès que nous indiquons quelqu'un, comme successeur des biens que nous delaissons, nous marquons que nous souhaitons, que nous désirons, que nous voulons, entant qu'en nous est, que celui que nous indiquons succede dans nos biens. Ainsi la question proposée se réduit à savoir, si l'homme a droit d'indiquer ou de désigner quelqu'un comme successeur dans ses biens, à tel effet, que par cet acte celui-ci ait droit d'y succéder, à l'exclusion de tout autre? & comme *succéder* dans les biens d'un défunt, n'est autre chose qu'acquérir tous les droits que le défunt avoit sur ces biens; il est aisé de voir, que la réponse à la question proposée, dépend uniquement de la maniere, dont les hommes peuvent avoir des biens, & conséquemment de cette question-ci: les hommes peuvent-ils avoir en propre des biens, de manière qu'ils puissent designer celui ou ceux qui, après leur mort, pourront, s'ils le veulent, y succéder à l'exclusion de tout autre? Il est sensible que pour décider, si les hommes peuvent avoir des biens en propre de cette maniere, il faut examiner s'ils les peuvent acquérir sur ce pied; ainsi l'analyse de la question proposée nous mène à celle-ci: l'homme peut-il moralement acquérir des biens, de façon qu'ayant désigné celui, auquel ces biens passeront après sa mort, cette désignation soit après sa mort un titre légitime pour le désigné, de s'approprier ces biens à l'exclusion de tout autre? Je ne m'arrête pas à disputer sur le sens du mot domaine; mais je demande qu'on allegue la raison, pourquoi l'homme ne pourroit point acquérir des biens sur ce pied. Je dis plus: je dis qu'il doit pouvoir les acquérir sur ce pied. Pourquoi? Parce que l'homme est obligé d'employer ses talents & ses facultés pour se conserver, se perfectionner, & contribuer autant qu'en lui est, à la conservation & à la perfection des autres hommes, & plus particulièrement de ceux qui ont des relations avec lui, suivant que ces relations sont plus ou moins intimes: les soins des hommes ne doivent pas, comme ceux des animaux, se borner uniquement au présent: ils doivent principalement avoir pour but des situations futures. L'homme ne doit pas être indifférent sur sa postérité, sur l'état de ses amis: dans les acquisitions qu'il fait, tout doit tendre à remplir les devoirs qu'il se doit, soit à lui-même, soit à sa famille, soit à ses amis, soit à d'autres. Les acquisitions doivent donc se faire, pour nous mettre en état de les employer à ce but: or tant qu'on jouit de la vie on peut en faire cet emploi, mais on ne le peut point après qu'on est décedé: conséquemment on est obligé d'indiquer durant sa vie, quels sont ceux qui ont eu le plus de part à nos soins, à nos vues, & à notre bienveillance, afin que nos opérations, faites durant notre vie, puissent produire leur effet naturel, même après notre mort. Ce devoir général, imposé à l'homme par les loix naturelles les plus manifestes, ne pourroit pas se remplir, si l'homme n'avoit pas le droit de tester; c'est-à-dire, de désigner celui ou ceux, auxquels il souhaite & desire que ses biens passent après sa mort, à tel effet, que le désigné ou les désignés acquièrent par-là un titre légitime, de se les approprier à l'exclusion de tout autre: & en faut-il davantage pour prouver, que l'homme a le droit de les acquérir avec celui d'en disposer de cette façon; & conséquemment celui de tester? Voilà, ce me semble, une démonstration simple, par laquelle il paroit, que l'homme a non-seulement le droit de tester, mais qu'il y est même obligé par un devoir général, fondé sur les loix naturelles les plus manifestes.

Ce raisonnement prouve encore, que de quelque maniere qu'on explique l'origine du droit, que l'on nomme domaine, & dans quelque signification que l'on prenne ce mot, il renfermera toujours le droit de pouvoir disposer de son bien, de façon que le domaine n'en puisse être accepté par celui, qu'on veut y faire succéder qu'après notre mort: & comme les mêmes raisons, par lesquelles nous venons de prouver ce droit, par rapport aux biens que l'on possede, ont également lieu pour toute autre relation dans laquelle l'homme peut se trouver, & qui pourroit exiger de sa part des soins & des précautions à prendre en cas de décès, il est évident que l'homme a également le droit d'y satisfaire par des dispositions testamentaires. Un Pere a une nombreuse famille: par quel principe lui contestera-t-on le droit d'indiquer de son vivant ceux, auxquels il veut confier l'éducation de ses enfants mineurs? Par quel principe lui contestera-t-on le droit d'indiquer, comment ses biens devront être administrés, pour que sa famille en puisse mieux subsister? Et par quel principe croira-t-on pouvoir mépriser de pareilles dispositions? Nos premiers devoirs nous imposent la loi de travailler au bonheur de ceux sur-tout auxquels nous avons donné la naissance: l'ordre que la Providence a établi dans la succession des choses humaines, les a mises dans une dépendance mutuelle; ce même ordre nous a imposé non-seulement des devoirs particuliers envers ceux, envers lesquels cet ordre nous a donné une relation plus ou moins intime; mais il nous met encore à portée de connoitre mieux que tout

De l'exhé-rédation des enfans & des peres.

§. DCCCCXXVIII. On dit que les enfants sont *deshérités*, ou *exhérédés*, lorsque les peres & meres leur ôtent l'hérédité par une volonté expresse. Puisqu'on

autre qui sont ceux, que nous pouvons substituer à nous-mêmes, par rapport à une partie de ces devoirs, & par quelles voyes ils peuvent le mieux les remplir: le droit de tester n'emporte donc pas uniquement celui de déclarer, à qui nous voulons que notre bien passe après notre mort, mais il emporte encore le droit de déclarer ce que l'on veut que l'on fasse, desorte que l'homme n'a pas uniquement le droit d'acquérir des biens, de façon qu'ayant désigné celui, auquel ces biens passeront après sa mort, cette désignation soit après sa mort un titre légitime pour le désigné, de s'approprier ces biens à l'exclusion de tout autre; mais il a encore le droit de désigner de la même maniere, tous les moyens qu'il juge propres à remplir les devoirs, dont il s'acquiteroit lui-même s'il étoit en vie, à tel effet que sa volonté devra servir de regle à ceux, qui lui succéderont par rapport aux droits qu'il possédoit, & aux devoirs qu'il avoit à remplir relativement à ces objets; & ces réflexions sont plus que suffisantes, ce me semble, pour ne plus douter, que le droit de tester soit conforme aux Loix naturelles; proposition que notre Auteur prouve seulement, par rapport a la partie par laquelle on dispose de ses biens; & non pas par rapport à la partie, qui est relative à d'autres dispositions.

Reste à examiner si le droit de tester, que les Loix naturelles accordent à l'homme, est illimité de façon, qu'on puisse disposer de ses biens par testament, de la maniere dont on le juge à propos, à tel effet que notre derniere volonté, quelle qu'elle soit, devra être respectée. Pour se décider sur cette proposition, on n'a qu'à reprendre le principe, qui sert de fondement au droit de tester. Nous avons vu que le devoir de travailler à son bien-être, à celui de sa famille, de ses amis, & en général de son prochain, suivant les relations dans lesquelles on se trouve, est la source d'où découle le droit de tester: par conséquent on ne peut avoir ce droit, qu'autant qu'il sert & qu'on en use pour satisfaire à ce but: car de quelque nature que soit un droit, s'il prend sa source dans quelque devoir, il ne subsiste qu'autant qu'il est employé pour répondre à ce devoir. A la vérité tant qu'un homme n'a point contracté quelque engagement, qui limite à certains égards la liberté qu'il a naturellement de faire & de ne point faire ce qu'il veut, il est le seul juge & l'arbitre des motifs & des raisons qui doivent le déterminer; & personne n'a un droit parfait de l'empêcher s'il fait mal; ainsi que l'Auteur l'a enseigné aux §§. LXXVII. & suiv.

Mais cette regle même ne doit pas être prise universellement. Je vois un homme qui veut se donner la mort; je n'ai aucun droit sur ses actions, mais je vois manifestement qu'il en va faire une, à laquelle il ne peut absolument être authorisé, niera-t-on que j'ai le droit de l'en empêcher. Je vois un pere punir son enfant; je n'ai aucun droit parfait de l'en empêcher; mais si je le vois emporté de colère battre son enfant, de façon à pouvoir lui donner un coup mortel, ne serai-je pas en droit de l'empêcher dans son transport? Ainsi la regle qui exclut tout droit sur les actions d'autrui, ne s'étend qu'aux actions qui ne blessent point manifestement les Loix naturelles; & ce n'est que par rapport à celles-là, que l'un n'a aucun droit sur les actions de l'autre; & que dans l'état naturel tout homme est son propre juge. Cela étant il s'ensuit, que, puisqu'on a le droit d'empêcher les actions manifestement contraires aux loix naturelles, on a de même celui d'empêcher l'effet de celles qui sont dans ce cas; & conséquemment d'empêcher l'effet des dispositions testamentaires, qui répugnent manifestement aux principes, sur lesquels le droit d'en faire est fondé: par conséquent les vivants, bien loin d'être obligés de respecter ces sortes de dispositions d'un mort, doivent même n'y avoir aucun égard, & protéger ceux qui pourroient se trouver lesés par ces sortes de dispositions. Les Auteurs qui adoptent le droit de tester, & ceux qui le rejettent n'ont pas, ce me semble, fait attention à ce que je viens de remarquer; car en parlant du droit de tester, ils en parlent comme si ce droit devoit être entiérement illimité, & comme si l'homme pouvoit disposer de ses biens de toutes manieres, suivant son gré & ses caprices, à tel effet qu'après sa mort, sa volonté devroit être respectée, quelque bizarre qu'elle fut: comme, par exemple, celle de cet Anglois, qui fit son chat héritier de tous ses biens: mais ce n'est pas dans ce sens qu'on doit prendre le droit de tester, ni l'obligation de respecter les dernieres volontés des morts. Pour l'ordinaire les cas sont tels, que l'on ne peut pas juger des motifs ni des raisons, qui ont pu porter un Testateur à disposer de ses biens, plutôt de telle maniere que de telle autre; alors le testament doit être respecté comme une loi: mais il est des cas, dans lesquels l'injustice & l'iniquité sont manifestes; & les Histoires particulieres n'en fournissent que trop d'exemples. Un homme possede un bien considérable, qui lui a été laissé par son pere & sa mere: il a un frere unique: celui-ci a eu le malheur de perdre sa fortune par un accident imprévu: il est réduit à la mendicité. L'autre cependant, bien loin de disposer de ses biens en faveur de son frere, les laisse par testament à une fille

qu'on peut les renoncer, & qu'ils perdent par-là le droit de succéder (§. DCCCCXXV.), *les enfants peuvent être deshérités.* Comme cependant ce droit qui

fille de joye, qui, après l'avoir débauché, est vraisemblablement cause de sa mort. Sera-t-on obligé de respecter une pareille disposition? *Titius*, maitre d'un bien considérable, qu'il tient de son parain, se lie avec des débauchés, des hommes sans foi, & sans honneur: il dispose de son bien en leur faveur, meurt, & laisse son pere & sa mere avec une famille dans la plus grande misere. Respectera-t-on une pareille disposition? Je crois qu'on devroit se faire violence pour dire oui.

A bien réflechir à ce que je viens d'exposer, peut-être trouvera-t-on que les loix civiles, qui permettent les testaments, qui réglent & préscrivent les formes nécessaires pour leur validité, qui limitent la faculté de tester jusqu'à un certain point, ne sont pas si arbitraires qu'on se l'imagine, & sont plus conformes aux principes du Droit naturel, qu'il ne le paroit à la premiere idée qu'on s'en fait. C'est le bon sens qui parle par la bouche de GAJUS, lorsqu'il nous dit: *Non est enim consentiendum parentibus, qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt: quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes judicium, novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti. l. 4. ff. de inof. test.* & si les Decemvirs avoient eu raison d'établir, que ce qu'un pere auroit ordonné par testament sur son bien & la tutele auroit force de la loi, (*Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave sua ita jus esto.*) le passage de GAJUS nous montre assez, que les Préteurs ont eu raison de poser des limites à ce pouvoir, ainsi universellement exprimé, attendu qu'il n'étoit pas possible, que ce pouvoir ne fut souvent mal employé. Après (dit Mr. CANNEGIETER, Professeur en Droit à l'Université de *Franeker*, dans ses excellentes Observations sur le Droit Romain) après que les Romains eurent perdu, par leur commerce avec des Nations policées, cette féroce austérité, qui caracterise leur premier âge; après que leurs mœurs se furent adoucies, les Préteurs commencerent à moderer l'extrême rigueur des Loix, en les rappellant à des principes d'équité: ainsi s'il paroissoit, qu'un testament avoit été fait contre les devoirs, que la nature prescrit ou que la raison dicte; ils accordoient la possession des biens, ou annulloient le testament sur la plainte d'inofficiosité.

Enfin comme les motifs, qui peuvent influer sur les dispositions humaines, sont infinis, & qu'il est très-rare que l'on puisse juger avec pleine certitude de ceux, qui ont engagé un Testateur à manquer aux liens du sang, ou à ceux de l'amitié, ou à d'autres liens, qui naturellement auroient dû l'avoir disposé à une volonté différente de celle qu'il a eue, la société humaine & conséquemment toute société civile, est intéressée à ce qu'un Testateur manifeste les raisons qui l'ont détourné de la volonté, qu'on avoit droit de lui supposer: ainsi la législation qui prescrit des bornes au droit de tester, qui le soumet à des formes, qui oblige le Testateur à respecter plus ou moins les liens du sang, qui l'oblige à énoncer les raisons qui lui font passer ceux, qui devroient le plus attirer son attention, cette législation, dis-je, bien loin qu'elle doive être regardée comme capricieuse, ou arbitraire, est au contraire très-sage, & répond parfaitement aux principes du Droit naturel, qui veulent qu'on ne néglige aucun des moyens, propres à contribuer à l'harmonie, qui doit regner dans l'Univers, & à laquelle tous les individus doivent tendre & concourir. DU CANGE au mot *intestatio* observe, que c'étoit parmi les Francs une espece de crime, de mourir sans avoir fait de testament, tout comme c'en étoit un de mourir sans se confesser & sans recevoir le sacré viatique. GROTIUS dans son *Introduction au Droit Hollandois, L. II. Ch.* XIV. dit, que le droit de tester a eu lieu en Hollande de tout temps: il croit que les Hollandois ont suivi en cela, la coutume des Nations qui venoient trafiquer chez eux. On voit par ce que cet Auteur rapporte dans son Ouvrage du *Droit de la Guerre & de la Paix, L. II. Ch.* VI. §. 14. & par ce que BARBEIRAC y ajoute dans ses notes, on voit (dis-je) que l'usage de tester n'est pas si nouveau, que quelques Auteurs semblent se l'imaginer; & que les loix civiles, qui l'ont établi, moderé, & soumis à des regles, bien loin de déroger par-là aux préceptes du Droit Naturel, ont plutôt confirmé ce que les loix naturelles prescrivent, suivant les différentes circonstances dans lesquelles on peut se trouver, par rapport aux biens que l'on possede: & pour confirmer encore cette derniere réflexion, on n'a qu'à faire attention, que le droit de tester ne peut pas être si illimité, par rapport aux biens, qui nous viennent, par exemple, par succession, que par rapport à ceux que nous acquerons par notre propre industrie: il y auroit un volume à remplir sur ce sujet: les principes que j'ai touchés & que j'ai indiqués dans cette note, pourront y suppléer, si l'on veut prendre la peine de les appliquer aux différentes situations de la vie: dans un pays de commerce, tel que la Hollande, on auroit tort de restreindre la liberté de tester, comme elle l'est en d'autres pays. Plus l'acquisition doit dépendre du génie & de l'industrie de l'acquéreur, moins l'acquéreur doit être gêné sur la disposition qu'il desire en faire.

qui ne peut en soi leur être ôté (§. DCCCCXXIV.), ne peut leur être ôté au gré du caprice du pere, *ils ne peuvent être deshérités sans quelque cause légitime :* on peut conclure de ce que nous avons dit plus haut (§. DCCCCXXV.), quelles doivent être ces causes. Ce que nous venons de dire de l'exhérédation des enfants, doit s'appliquer par la même raison à l'exhérédation des peres. (*b*)

Des legs. §. DCCCCXXIX. Puisque les peres & les enfants sont aussi liés, par l'obligation naturelle, d'avancer la fortune des autres autant que cela est en leur pouvoir (§. CXXXIV. XXXVIII.) ; *si les peres peuvent sans négliger leurs enfants, & les enfants sans négliger leurs peres, avancer la fortune des autres, ils peuvent aussi disposer des biens qu'ils laissent après leur mort, en faveur des étrangers, de ceux qui sont réduits à la mendicité & dans la disette; comme, par exemple, si les peres ont un ample patrimoine, & si les enfants ont déjà suffisamment de quoi pourvoir aux nécessités, aux commodités, & aux agréments de la vie, ou au contraire.* Puis donc qu'on appelle *legs* la donation d'une chose quelconque, ou d'une certaine somme d'argent, faite par une derniere volonté, on voit par-là *jusqu'à quel point les legs sont conformes au droit naturel.* On appelle légataire la personne à qui on laisse un legs. Et comme les *legs* doivent être regardés comme une charge attachée à l'hérédité (§. CCCCIX.), puisqu'on ne peut acquérir l'hérédité qu'avec cette charge (§. CCCXVII.), ils *doivent être payés par l'héritier aux légataires.* Il est évident au reste, que *les legs laissés au préjudice des enfants, ne subsistent pas naturellement.* (*i*)

Si l'on peut négliger les cognats collateraux dans un testament. §. DCCCCXXX. Comme il n'y a aucune raison particuliere qui nous oblige à avancer la fortune de *nos cognats collateraux*, qu'autant que nous reconnoissons par-là les bienfaits de leurs peres (§. DCCCXCIV. DCCCLXXVIII.), & comme nos bienfaits ne leur sont point dûs en eux-mêmes, *nous ne sommes point obligés parfaitement à leur laisser nos biens en mourant*; par conséquent, *nous pouvons les négliger dans notre testament, en instituant un héritier étranger, ou celui de nos collateraux que nous voulons, ou un mari ou une femme qui nous survit.* (*k*)

De la succession ab intestat, & de l'omission des enfants dans le testament. §. DCCCCXXXI. On dit qu'on *succede ab intestat*, quand on succede aux biens du défunt sans qu'il y ait de testament, ou sans avoir été institué héritier par le défunt dans son testament. C'est pourquoi puisqu'un enfant *posthume*, qui ne nait

§. DCCCCXXVIII. (*b*) Il est très ordinaire que les hommes abusent de leur pouvoir : d'un autre côté leur bonne foi & leur religion peuvent être surprises; & la tendresse paternelle ni la piété filiale ne parle pas à tous avec la même force. Il est donc bien, que la loi civile détermine les causes d'une juste exhéredation, & qu'elle impose aux Testateurs le devoir de les exprimer dans leur testament. Le Droit Romain en donne l'exemple dans les *Nov.* 115. & 116. Cependant comme il n'est pas possible au Législateur de prévoir & de fixer tous les cas qui peuvent survenir ; & qu'il faut lui supposer la même volonté, partout où les motifs & la raison sont les mêmes, ainsi qu'il a été prouvé au § DCCCXI. on auroit tort de s'en tenir à la lettre du Droit Romain, dans les pays où ce droit a été plus ou moins adopté: les principes du Droit naturel sont la source du Droit civil & c'est à ces principes qu'il faut remonter. On peut consulter sur cette matiere les Auteurs, qui ont commenté le Droit Romain, & ceux qui ont écrit sur le Droit civil: on les trouve indiqués par VOET *ad t. ff. de inoff. test. n.* 24. & suiv. BOEHMER *Introd. in jus digest. de lib. & post. hered. instit. vel exhered.* GUY DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Recueil de Jurisp. civ.* mot *Exhered.* On peut voir en particulier le titre des *Inst. de exhered. lib.* & les Commentateurs sur ce titre.

§. DCCCCXXIX. (*i*) Le contenu de ce paragraphe s'explique naturellement, par ce que j'ai noté aux §§. précedents.

§. DCCCCXXX. (*k*) Tout comme l'Auteur sup-

nait qu'après la mort de ſon pere, *eſt auſſi héritier ſien de ſon pere, & même de ſes parents d'un dégré ſupérieur* (§. DCCCCXXI.); *s'il eſt omis dans le teſtament, il doit être admis à l'hérédité avec les autres enfants, & le teſtament ſubſiſte naturellement, par rapport au reſte, même par rapport aux legs, à moins qu'ils ne ſoient cenſés faits, parce que le défunt a cru le nombre de ſes heritiers plus petit.* Par la même raiſon *la même choſe doit s'entendre d'un des enfants omis, ſans être desherité* (§. DCCCCXXVIII.).

§. DCCCCXXXII. Puiſque naturellement il ne faut autre choſe pour un teſtament, que la déclaration expreſſe de la volonté du teſtateur (§. DCCCCXXVII.), *le teſtament eſt naturellement valide, ſi l'on eſt aſſuré, de quelque maniere que ce ſoit, que telle a été la volonté du défunt*, & par conſequent, *s'il la déclare en préſence de témoins, ou s'il la met par écrit, ou s'il la ſigne après qu'elle a été miſe par écrit par un autre.* Il eſt évident au reſte, que, *ſi un teſtament écrit eſt ſigné par des témoins, il n'eſt pas néceſſaire qu'ils en connoiſſent la teneur* (ibid.). On appelle *teſtament nuncupatif*, la déclaration que le teſtateur fait de ſa volonté en préſence de témoins, ſoit en préſence de l'héritier, ſoit en ſon abſence; & l'on appelle *teſtament écrit*, la déclaration de ſa volonté que le teſtateur laiſſe par écrit. *(l)* *De la maniere de teſter.*

§. DCCCCXXXIII. Parce qu'il peut arriver dans pluſieurs cas, que quelqu'un ne déclare pas ſa derniere volonté, il ne s'enſuit nullement de-là qu'il ait voulu que ſes biens fuſſent après ſa mort des choſes qui n'appartinſſent à perſonne, & que par conſéquent ils fuſſent au premier occupant (§. CCIX. CCX.). *Si* donc *quelqu'un meurt ſans teſter, il faut préſumer à qui il a voulu que ſes biens appartinſſent après ſa mort.* C'eſt pourquoi *celui qui ſuccede ab inteſtat, ſuccede par la volonté préſumée du défunt, à moins que l'hérédité ne lui ſoit dûe.* Puis donc qu'il faut préſumer ce qui eſt le plus conforme aux devoirs, & que nous ſommes obligés par une raiſon particuliere, d'avancer la fortune de nos collateraux, entant que nous reconnoiſſons en leur perſonne les bienfaits de nos peres communs, du premier degré, ou d'un degré plus éloigné (§. DCCCCXXX.), *au défaut d'héritiers en ligne directe, ceux qui ſont dans la famille du pere & de la mere, ſuccedent ab inteſtat ſelon les degrés de la famille; & à leur défaut pareillement, ceux qui ſont dans la famille de l'ayeul ou de l'ayeule, & ainſi du reſte, de façon qu'on ne paſſe pas d'une famille dans une autre*, c'eſt-à-dire, d'une plus reſſerrée dans une plus étendue *De la maniere de ſuccéder ab inteſtat.*

ſuppoſe une eſpece de convention, entre le pere & la mere d'une part & les enfants de l'autre, §. DCCCCIX. il ne feroit pas difficile d'imaginer un *quaſi-pacte* ou convention de famille, qui produiroit d'un côté un devoir parfait, de l'autre un droit parfait. On pourroit dire, que les pere & mere ne font paſſer leur bien à leurs enfants, que ſous la condition que ces biens demeureront dans la famille, & qu'ils ne les feront point paſſer à des étrangers, bien qu'ils n'aient point eux-mêmes d'enfants. Du moins l'équité naturelle ſemble le vouloir ainſi; & c'eſt ſans doute ſur ces motifs d'équité, qu'eſt fondée la différence qu'on fait dans pluſieurs Pays entre *propres* & *acquets*, & la diſpoſition des loix civiles qui veulent, que les biens retournent du côté d'où ils ſont venus; ſuivant la maxime *paterna paternis, materna maternis.* Voyez FERRIERES *Dict. de Droit & de Pract.* aux mots *Propres*, *Acquets*; BOEHMER *ad t. ff. de hered. inſt.* §. II. VINNIUS *ad t. Inſt. de teſt. ord. in princ. fin. not.* & les Auteurs qu'on y trouve cités.

§. DCCCCXXXII. *(l)* C'eſt pour prevenir les ſurpriſes, & pour qu'il n'y ait point de doute ſur la volonté d'un Teſtateur, que les loix civiles preſcrivent différentes précautions à obſerver dans l'acte, par lequel on déclare ſa derniere volonté, & qu'elles rejettent les teſtaments, dans leſquels ces précautions ont été omiſes. Voyez GUY DU ROUSSEAU DE LA COMBE, *Recueil de Juriſpr. civ.* au mot *Teſtament. Sect.* III. Le titre des *Inſtit. de teſt. ordinand.* & les Commentateurs ſur ce titre.

§. DCCCCXXXIII.

due, *à moins qu'il n'y ait personne dans la premiere, & cela sans avoir jamais égard à la différence des sexes.* (*m*)

Du défaut d'héritier. §. DCCCCXXXIV. Puisque le domaine se perd par la mort (§. DCCCXVIII.), & que par conséquent *s'il n'y a point d'héritier*, les choses laissées par le défunt deviennent des choses qui ne sont à personne, *naturellement l'hérédité peut être occupée par qui voudra* (§. CCX.), *ou par celui qui a joui du droit d'occuper* (§. CCXIV.).

De combien de manieres un héritier peut être institué, & un legs laissé. §. DCCCCXXXV. Le domaine des choses laissées par le défunt, est transféré à l'héritier (§. DCCCCXVI.), & l'on donne au légataire ce qui lui est légué (§. DCCCCXXIX.). *Autant* donc *qu'il y a de manieres de donner quelque chose*, ou de transférer le domaine, *autant y a-t-il de manieres d'instituer un héritier & de laisser un legs.* C'est pourquoi *les conséquences des différentes manieres de donner*, *ont lieu aussi par rapport à l'héritier institué de telle ou telle maniere, & par rapport au legs laissé de telle ou telle maniere.* (*n*)

Du testament fait sans institution d'héritier. §. DCCCCXXXVI. Au reste si le testateur veut que celui qui succede ab intestat soit son héritier, & cependant laisser des legs à tel ou à tel, ou qu'on fasse quelqu'autre chose après sa mort, *naturellement on peut dans un testament, sans instituer d'héritier, laisser des legs, ou même disposer des autres choses que le testateur veut qu'on fasse après sa mort* (§. DCCCCXXVII.), *& alors celui qui succede ab intestat est héritier, & doit accomplir la derniere volonté du testateur* (§ CCCXVII.). (*o*)

Des additions faites au testament. §. DCCCCXXXVII. Et puisque le testateur peut aussi longtemps qu'il vit changer à son gré son testament (§. DCCCCXXVII.), *on peut naturellement faire au testament tant les additions qui y changent quelque chose, que celles qui n'y changent rien.* (*p*)

Du prélegs. §. DCCCCXXXVIII. On appelle *prélegs*, ou *préciput*, un legs laissé à un des héritiers. Puisque le testateur est le maitre de laisser un legs à qui il lui plait (§. DCCCCXXIX. CCCCLXXV.), & que par conséquent rien n'empêche qu'il n'en laisse un aussi à un héritier, *les prélegs ou préciputs ne sont point contraires au Droit naturel.*

De l'hérédité ou des legs qu'on répudie. § DCCCCXXXIX. *Si un héritier répudie l'hérédité, ou le légataire un legs*, puisque c'est comme si l'on n'avoit point été institué hériter, ou comme si on n'avoit point laissé de legs à l'autre (§. DCCCCXX. CCCXXXIX.), *la portion de l'un, ou la chose*

§. DCCCCXXXIII. (*m*) L'Auteur fonde le droit de succéder *ab intestat* sur le consentement qu'on présume au défunt. On présume ce consentement parce que l'on suppose, qu'il a voulu remplir les devoirs que le Droit Naturel prescrit; & que n'ayant point fait de testament, il n'a pas été détourné par des obligations particulieres, de celles qui resultent du cours ordinaire de la nature. De-là on voit, que la succession ab intestat derive essentiellement du lien intime, que la nature met entre ceux d'une même famille, suivant ce que j'ai observé aux paragraphes DCCCXXXV. DCCCLXXXIX. DCCCCXXX

§ DCCCCXXXV. (*n*) De-là les Institutions d'héritier & les legs faits sous condition. Voyez *Inst. t. de hered. inst.* §. 9. & suiv. & les Commentateurs sur cet endroit.

§. DCCCCXXXVI. (*o*) Le Droit Romain n'admet point de testament, dans lequel on manque de nommer un héritier; §. 34. *Inst. de leg.* §. 2. *Inst. de fideic. hæred.* & cette maxime est observée en France dans le pays de droit écrit.

§. DCCCCXXXVII. (*p*) De-là la maxime *Voluntas hominis est ambulatoria usque ad vitæ supremum exitum. l.* 4. *ff. de adim. vel transf. leg. l.* 32. §. 3. *ff. de donat. int. vir. & uxor.* maxime dont on fait souvent une mauvaise application, sur-tout lorsqu'il s'agit de testaments mutuels entre mari & femme.

§. DCCCCXXXIX. (*q*) Ce paragraphe répond à la *l C. quando non petentium partes. l.* 3. *in fin. l.* 4. & *l.* 5. *ff. de possess. hon. l.* 67. *ff. de adq. vel omitt. hered. l* 4. *pr ff. quis ordo in possess. serv. l.* 1. §. 9. *ff. ad SCt. Tertyl.*

§. DCCCCXL.

ſe léguée à l'autre accroit à l'hérédité; & puisque l'héritier ne peut par ſon fait ôter au légataire ſon droit (§. c.), & que naturellement on peut dans le teſtament ne diſpoſer que des legs (§. DCCCCXXXVI.), *ſi l'héritier inſtitué ne veut ou ne peut pas accepter l'hérédité, les legs ſubſiſtent cependant.* (*q*)

De la ſubſtitution d'héritier, ou de légataire.

§. DCCCCXL. Puisqu'il dépend de la volonté du teſtateur, d'inſtituer quel héritier il lui plait, & de laiſſer des legs à qui il lui plait (§. DCCCCXXX. DCCCCXXXVIII.), il *peut* auſſi *ſubſtituer un autre hériter à celui qu'il inſtitue, en ſorte qu'au défaut de celui-ci, pour quelque raiſon que ce ſoit, l'autre ſuccede; ou il peut ordonner qu'au défaut du légataire un autre qui lui eſt ſubſtitué reçoive les legs.* (*r*)

Des fideicommis.

§. DCCCCXLI. On appelle *fideicommis* la délation d'une hérédité, faite à condition que toute l'hérédité, ou une partie telle que l'ordonne le teſtateur, ſera reſtituée à un autre: dans le premier cas le fideicommis eſt appellé *univerſel*, dans le ſecond, *particulier.* Et en particulier on appelle *fideicommis de famille* celui qu'on laiſſe à la famille, ou par lequel le teſtateur défend que la choſe ſorte de la famille. Il ſuit de la liberté qu'a le teſtateur de teſter à ſon gré (§. DCCCCXXX.), que *les fideicommis ſont naturellement permis.* (*s*)

Des conventions touchant la ſucceſſion.

§. DCCCCXLII. Puisque le maitre, en vertu du domaine, peut diſpoſer de ſes choſes à ſon gré (§. CXCV.), *les conventions faites au ſujet de l'hérédité ſont naturellement valides*, par conſéquent *les conventions, faites touchant la ſucceſſion entre les conjoints, ſont* auſſi *valides.* (*t*)

De la ſucceſſion naturelle entre les conjoints.

§. DCCCCXLIII. Il eſt évident que le mariage eſt diſſous *à la mort des conjoints*, & que par conſéquent l'uſage des choſes, qu'avoit chacun autant que cela étoit néceſſaire pour l'économie commune (§. DCCCLXVI.), ceſſe; & que les choſes elles-mêmes appartenant en propre à chacun, *celui* des conjoints *qui ſurvit, reprend ce qui eſt à lui, & qu'il n'a point de droit ſur les biens du défunt.* Cependant comme en cas de conflict, l'un des conjoints doit préférer l'autre dans la preſtation des devoirs d'humanité (§. DCCCLXIX.), *ſi celui des conjoints qui ſurvit n'a pas des biens en propre, ou que ceux qu'il a ne ſuffiſent pas pour les néceſſités, la commodité & l'agrément de la vie, celui qui meurt doit lui laiſſer, après ſa mort, à proportion de ſes facultés, une partie de ſes biens, ſuffiſante ou pour la ſimple néceſſité, ou auſſi pour la commodité, ou même pour l'agrément; ou du moins il doit lui laiſſer l'uſufruit d'une telle partie de ſes biens, ou de tous ſes biens, ſoit pour toute ſa*

§. DCCCCXL. (*r*) On peut voir ſur les ſubſtitutions les Commentateurs *ad tit. Inſt. de vulg. ſubſt. & pupil. ſubſt.* & *t. ff. de vulg. & pupil. ſubſt.* PREVÔT DE LA JANNES *Principes de la Juriſprudence civile*, *T.* I. *p.* 174. titre *ſubſtitutions.*

§. DCCCCXI. (*s*) Voyez les Commentateurs *ad t. Inſt. de fideicomm. hered. & ad t. ff. ad SCt. Trebell.* PREVÔT DE LA JANNES *Principes de la Juriſpr. civ. titre ſubſt. T.* I. *p.* 174. *& ſuiv.*

§. DCCCCXLII. (*t*) Le teſtament mutuel & le teſtament commun ont été abrogés en France, par l'Article 77. de l'Ordonnance de 1735. „Une „ autre regle établie par la nouvelle Ordonnan-„ ce, (dit PREVÔT DE LA JANNES, *Principes de Juriſpr. civ. T.* I. *p.* 143.) „ eſt que le Teſta-„ teur teſte ſeul, & non pas conjointement avec „ une autre perſonne; elle a abrogé l'uſage des „ teſtaments mutuels, même entre mari & fem-„ me: jugeant que pour éviter les ſuggeſtions il „ ne doit y avoir rien de commun entre le teſta-„ ment & les conventions. Le teſtament doit „ être le pur & libre ouvrage de la volonté du „ Teſtateur; & le concours de la volonté d'une „ autre perſonne, qui lui donne la forme de con-„ vention, en détruit l'eſprit & le but." Il y auroit bien des réflexions à faire ſur le raiſonnement de Mr. PREVÔT DE LA JANNES: il n'y a point de convention qui ne détruiſe plus ou moins la liberté: & on ne voit pas pourquoi l'on ne pourroit pas limiter la liberté de teſter par une convention, auſſi bien que celle de toute autre action, qui eſt à notre diſpoſition. A la vérité les teſtaments communs & mutuels ſont ſujets à bien des inconvénients: ces inconvénients ont

sa vie, soit pour le temps qu'il restera dans l'état de viduité, suivant les circonstances particulières; par conséquent *au défaut d'héritier en ligne directe* (§. DCCCCXXI. DCCCCXXII.), *un conjoint peut instituer l'autre pour son héritier, ou s'il y a un tel héritier, ou que pour quelqu'autre cause, il ne veuille pas instituer le survivant pour son héritier, il doit pourvoir à ses besoins par un legs* (§. DCCCCXXIX.), *ou par un fidéi-commis* (§. DCCCCXLI.), *ou en lui constituant l'usufruit.* (u)

De l'indissolubilité du mariage. §. DCCCCXLIV. Puisque les peres & meres doivent non-seulement élever conjointement leurs enfants (§. DCCCLVI.), & à frais commmuns (§. DCCCLXVI.), mais encore avancer leur fortune autant qu'ils le peuvent (§. DCCCXCII.), & leur laisser leurs biens après la mort (§. DCCCCXXI.), & même encore qu'ils s'obligent tacitement entr'eux à se rendre tous les devoirs d'humanité (§. DCCCLXIX.), & puisqu'encore un des conjoints doit pourvoir autant qu'il le peut, aux nécessités, à la commodité, & aux agréments de la vie de l'autre, après qu'il sera mort lui-même (§. DCCCCXLIII.), *le mariage doit être perpétuel par le Droit naturel.* (x)

Des enfants nés d'un commerce illicite. §. DCCCCXLV. On ne peut imputer aux enfants leur naissance d'un commerce illégitime (§. DCCCLXXIII.). Puis donc que naturellement il n'y a point de différence entre les enfants légitimes, & ceux qui sont nés d'un commerce illicite, *naturellement les enfants nés d'un commerce illicite, ont le même droit à l'hérédité de leurs peres & meres, que ceux qui sont nés d'un mariage légitime.* (y)

Du mariage entre les collateraux. §. DCCCCXLVI. Puisqu'on ne peut concevoir aucun devoir entre les freres & les sœurs, que ceux dont la raison est contenue dans ce qu'ils descendent des mêmes peres & meres par la naissance, on ne peut aussi imaginer aucun devoir entr'eux, qui soit incompatible avec ceux de mari & de femme, comme cela a lieu entre les peres & meres & leurs enfants (§. DCCCXCV.); c'est pourquoi *les mariages contractés entre les freres & les sœurs, ne sont pas naturellement illicites; beaucoup moins*, par conséquent, *le sont-ils entre les collateraux plus éloignés.* C'est une autre question, si ces mariages doivent être défendus pour des raisons civiles dans l'état civil?

ont attiré l'attention de la législation Françoise, & sont peut-être assez grands pour exiger, que l'on ne permette point l'usage des testaments communs & mutuels: mais ces inconvénients sont accidentels, & ne resultent point de la nature ou de l'essence de ces testaments.

§. DCCCCXLIII. (u) On voit assez que les circonstances seules peuvent déterminer ce que les Conjoints se doivent réciproquement, dans les cas que notre Auteur indique dans ce paragraphe, & qu'il est impossible de donner à cet égard quelque regle générale.

§. DCCCCXLIV. (x) Voyez ce que j'ai dit aux §§. DCCCLXVI. & DCCCLXIX.

§. DCCCCXLV. (y) Il n'est pas exactement vrai, qu'il n'y a naturellement point de différence entre des enfans nés d'un mariage légitime, & des enfants nés d'un commerce illicite: car dès que l'on admet que le lien, que nous nommons mariage légitime, satisfait mieux à l'ordre qui doit regner dans le monde, & aux devoirs naturels de l'homme, que tout autre commerce charnel, il y aura sûrement de la différence entre des enfants nés d'un mariage légitime, & ceux qui seront le fruit d'un commerce illicite: on ne peut, dit notre Philosophe, imputer aux enfants d'être bâtards: cela est vrai: on ne peut non plus imputer aux enfants d'être nés de pere & mere pauvres: mais cela leur donne-t-il droit aux biens de ceux qui sont riches? Au reste l'histoire de France fournit des exemples de l'égalité, dont il est parlé ici. Thierri, quoique né d'une Concubine, fut Roi de Metz, dans le partage qui fut fait du Royaume de Clovis. VELLY *Hist. de France, T. I. p. 66.*

CHAPITRE VI.

De la servitude, & de la société entre maitre & domestique. (†)

§. DCCCCXLVII. La *servitude* ou l'*esclavage* est un assujettissement, par lequel quelqu'un est obligé de fournir à perpétuite son travail, pour recevoir à perpétuité ses aliments. Celui qui est obligé de fournir son travail s'appelle *serf*, ou *esclave;* ce dernier nom est commun aux hommes & aux femmes, qu'on peut appeller aussi *servantes* *. Celui qui est obligé de fournir les aliments s'appelle *maitre* ou *seigneur ;* & le droit du maitre sur l'esclave s'appelle *puissance seigneuriale*. La *servitude* est *parfaite*, si le travail, qui est dû perpétuellement, n'est pas déterminé, & doit par conséquent être déterminé au gré du maitre. La servitude est *imparfaite*, si l'on ne doit qu'un certain travail, ou si l'on ne le doit pas continuellement, ou pour toute la vie. (z)

Servitude ou esclavage, ce que c'est.

* ancilla.

§. DCCCCXLVIII. Celui qui est obligé d'acquérir par son travail, les choses nécessaires pour sa nourriture & pour son vêtement, pouvant louer son travail à un autre pour un salaire (§. DCXX.), & convenir comme il veut du travail qu'il fera (§. CCXXV. CXCV.), si quelqu'un n'a qu'autant de travail à fournir, qu'il en faut pour se procurer les choses nécessaires à la vie, il a le droit de se donner en esclavage à un autre (§. DCCCCXLVII.); puis donc qu'alors l'*esclavage* nait d'une convention, auquel cas on l'appelle *volontaire*, *dans la servitude volontaire*, *les droits & les obligations doivent se mesurer par la convention.* Et *il doit être permis à chacun*, en vertu de la liberté naturelle, *de se donner en esclavage à un autre, comme il lui plait* (§. LXXVIII.), par conséquent *aussi de se vendre* (§. DLXXXVII.), ou *de s'aliéner de quelqu'autre maniere que ce soit.* (a)

De la servitude volontaire.

§. DCCCCXLIX.

(†) CHAP. VI. La société conjugale est de toutes les sociétés la plus simple & la plus intime. Les enfants, qui en sont le fruit, forment avec leurs pere & mere une société, que l'on nomme famille: la famille augmente par la naissance de petits enfants: c'est l'ordre successif, par lequel l'espèce humaine subsiste & se conserve, c'est la nature même qui la produit. Les enfants ne viennent pas au monde, en stipulant des conditions: la sujettion dans laquelle ils se trouvent par rapport à ceux, qui leur ont donné le jour, est un effet de la loi de la propagation. Après avoir donné une idée de ces deux societés, savoir de la conjugale & de la paternelle, & en avoir fait connoitre les effets; après avoir indiqué les droits & les devoirs qui en sont une suite, notre Auteur passe à une combinaison, qui ne resulte point essentiellement de la nature de l'homme, mais qui dépend de sa volonté, ou de quelques actes accidentels: savoir à *la servitude* & à *la société herile*. La clarté, la simplicité, & l'évidence avec lesquelles il démontre d'un côté, que la servitude n'est pas un état contraire à la nature de l'homme, & de l'autre quels sont les devoirs à observer, tant de la part des maitres que de la part des domestiques & des esclaves, ôtent à cette matiere toute l'obscurité, sous laquelle on la trouve enveloppée dans les autres ouvrages; & cette partie des Institutions de notre Auteur, merite d'autant plus d'attention, qu'elle a une grande influence sur l'état civil des Nations; qu'elle a directement trait aux pays, dans lesquels il est d'usage d'avoir & d'employer des esclaves; & qu'elle sert à corriger le Droit Romain, qu'on a coutume de suivre sur ce sujet, & qui en mettant les esclaves avec les animaux au rang des choses, ne peut que donner des fausses idées sur les droits & les devoirs, tant des maitres que de ceux qui sont à leur service.

§. DCCCCXLVII. (z) Voyez GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* V. *§.* 27. PUFENDORF *de off. hom. & civ. L.* II *C.* IV. *§.* I. & les Commentateurs.

§. DCCCCXLVIII. (*a*) Voyez les passages cités au paragraphe précedent.

S'il est permis aux peres de vendre leurs enfants, ou aux maris de vendre leurs femmes.

§. DCCCCXLIX. Puisque les peres & meres doivent élever leurs enfants (§. DCCCLV.), *s'ils ne peuvent pourvoir autrement à ce que leur éducation requiert, il leur est permis de les vendre pour être esclaves* (§. XLVI.); mais comme les enfants ne sont pas obligés à payer les dettes de leurs peres, ni les femmes celles de leurs maris (§. DCCCLXXIII.), *il n'est pas permis aux peres de vendre leurs enfants, ni aux maris de vendre leurs femmes pour payer leurs dettes.*

De l'esclavage d'un débiteur.

§. DCCCCL. Comme naturellement les biens du débiteur sont engagés pour une dette quelconque, ensorte que le créancier peut s'en payer (§. DCCV.), & que les travaux sont équivalents aux choses qui sont dans le domaine (§. CCXXV.), *un créancier peut réduire en esclavage un débiteur qui est insolvable, jusqu'à ce qu'il soit entierement payé par les travaux du débiteur*, par conséquent *il peut le mettre dans l'esclavage d'un autre qui paye pour lui, ou pour un prix convenu* (§. CCCXXXVIII. CCCXLII.). On appelle *esclavage forcé* ou *contraint*, celui que quelqu'un est obligé de subir contre son gré.

Du droit du seigneur sur son esclave.

§. DCCCCLI. L'esclave devant travailler pour son *maitre* (§. DCCCCXLVII.), celui-ci *a droit sur les travaux auxquels l'esclave est obligé, & sur ses autres actions autant qu'elles sont relatives à ces travaux*, par conséquent, *il a aussi le droit de l'obliger à faire son travail, & de le punir s'il le refuse, ou s'il s'en acquitte avec négligence*, & par conséquent encore *de le forcer au travail qu'il doit, par les menaces & par les coups* (§. XXXV. XCIII.).

Des devoirs d'humanité dûs à un esclave.

§. DCCCCLII. Comme l'esclave ne cesse pas d'être homme, *le maitre doit aimer son esclave, & lui rendre tous les autres devoirs d'humanité que l'homme doit à l'homme* (§. XXXVIII. CXXXIII.); par conséquent *il ne doit pas permettre qu'il s'adonne au vice, mais il doit avoir soin qu'il s'attache à la vertu* (§. CXXXIX.); *& il a le droit de prescrire à son esclave ce qui est conforme à la loi naturelle, & de lui défendre ce qui y est contraire* (§. DCCCCLI.).

Des travaux qu'on peut exiger d'un esclave.

§. DCCCCLIII. Puisque l'esclave donne son travail pour ses aliments (§. DCCCCXLVII.), *le maitre doit donner à son esclave des aliments sains en quantité raisonnable, & des habits propres à le défendre des injures de l'air* (§. CXIV. CXV.), *& ne pas en exiger plus de travaux que sa santé ne le permet* (§. CXXIV. XXXVII.).

Pour qui l'esclave acquiert, & du pécule de l'esclave.

§. DCCCCLIV. Les travaux de l'esclave, qui étoient auparavant dans son domaine (§. CCXXV.), sont à présent dans le domaine du maitre (§. DCCCCLI.); ainsi *tout ce qui s'acquiert par le travail de l'esclave s'acquiert pour le maitre* (§. CCXXVI.). Mais *si l'esclave acquiert quelque chose d'ailleurs, ou par son travail dans ses heures de relâche*, lorsqu'il est de loisir du consentement de son maitre, *cela appartient à l'esclave.* On appelle le *pécule de l'esclave*, les choses & l'argent qu'il acquiert, de quelque façon que ce soit, hors du service pour son maitre, que *le maitre ne peut tourner à son profit* (§. CXCV.). *Il n'est pas obligé cependant de permettre que l'esclave en abuse* (§. DCCCCLII.), *& le maitre peut se payer là-dessus, s'il reçoit quel-*

§. DCCCCXLIX——DCCCCLVI. (*b*) Voyez comment PUFENDORF parle de ce que notre Auteur enseigne dans ces paragraphes, *L.* II. *C.* IV. *de Off. hom. & civ.* & *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* VI. *Ch.* III. Voyez aussi GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* III. *Ch.* XIV. dans lequel il traite de la *moderation dont on doit user à l'égard des prisonniers de guerre*, les Commentaires de BARBEIRAC, & les Auteurs que l'on trouvera indiqués dans les notes sur PUFENDORF & GROTIUS.

§. DCCCCLVII. (*c*) Ce que l'Auteur affirme dans ce paragraphe est trop général, & peut uniquement être appliqué aux esclaves, qui le sont de-

quelque dommage par le dol ou par la faute de son esclave (§. CCLXX.), *qui d'ailleurs ne peut être que puni* (§. XCIII.).

§. DCCCCLV. Puisque *le pouvoir seigneurial*, est le droit de déterminer les actions de l'esclave, comme on le trouve bon, & conformément aux loix naturelles (§. DCCCCLI. DCCCCLII.), *c'est un empire* (§. DCCCXXXIII.). *Le maitre n'a* donc *aucun droit sur le corps & sur la vie de son esclave*, par conséquent *il n'a point naturellement sur lui le droit de vie & de mort.* C'est pourquoi, comme on dit, qu'on *tyrannise* *, ou qu'on traite durement un esclave, si l'on lui dit fréquemment des paroles dures, quoiqu'il soit assidu au travail, ou parce qu'il n'a pas fait un travail excessif, ou si on le maltraite simplement par haine, sans qu'il ait commis de faute, *il n'est pas permis de tyranniser son esclave.* *Quel droit est le pouvoir seigneurial.* * sævire.

§. DCCCCLVI. Puisque *les esclaves* sont sujets de leur maitre (§. DCCCCLV. DCCCXXXV.), ils *sont obligés d'obéir à leur maitre* (§. DCCCXXXV.), & par conséquent *de faire, ce qu'il ordonne, & de ne pas faire ce qu'il défend* (ibid.), & *ils sont obligés de faire avec toute la diligence possible les travaux qu'ils doivent* (§. DCCCCXLVII. XXI.). (*b*) *De l'obligation de l'esclave.*

§. DCCCCLVII. Puisque chacun peut aliéner son droit à son gré (§. CCLVII.), *le maitre peut* aussi *aliéner*, comme, par exemple, vendre, *à qui & comment il veut, son esclave*, c'est-à-dire, le droit qu'il a sur ses travaux & sur ses autres actions. (*c*) *De l'aliénation de l'esclave.*

§. DCCCCLVIII. Comme le maitre peut aussi remettre son droit (§. CCCXLII.), auquel cas l'esclave devient libre (§. CCCXXXVII.), & comme on dit qu'on *affranchit* un esclave, si le maitre lui rend sa liberté, lequel acte s'appelle *affranchissement* ou *manumission*, *le maitre peut affranchir son esclave, non pas cependant malgré lui, si l'esclavage à été contracté par une convention* (§. DCCCCXXXVIII.). *De la manumission ou affranchissement.*

§. DCCCCLIX. Comme l'enfant d'une femme esclave doit être élevé aux frais du maitre, & que celui-ci doit d'ailleurs se passer du travail, que la mere ne peut faire à cause de son accouchement, *naturellement un enfant né d'une esclave est de condition servile, jusqu'à ce que les frais de son éducation, & ce qu'il pourroit avoir coûté d'ailleurs, soient restitués.* La convention que font un homme & une femme esclave, pour mettre des enfants au monde, est un vrai *mariage*, quoique les Romains l'appellassent *cohabitation servile* *. Comme cependant le maitre doit élever l'enfant à ses fraix, *le consentement du maitre est requis pour la cohabitation servile.* (*d*) *Des enfants nés d'une femme esclave, & de la cohabitation servile.* * contubernium servile.

§. DCCCCLX. Celui qui loue son travail pour un certain temps, pour recevoir les aliments & un certain salaire, s'appelle *domestique*, ou *valet*, ou *serviteur*, „ & si c'est une femme elle s'appelle *servante*," & celui qui les prend à louage s'appelle le *maitre* (*). *Les droits & les obligations du domestique & du maitre, doivent* donc *se mesurer par la convention.* Or comme par cette convention *De la société entre maitre & domestique.*

devenus malgré eux. Voyez PUFENDORF *de Offic. hom. & civ. L.* II. *C.* IV. §. 3. *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* VI. *Ch.* III. §. 4.

§. DCCCCLIX. (*d*) Il y a encore ici distinction à faire entre des esclaves qui se font donnés en esclavage, ceux qui se sont vendus eux-mêmes, ceux qui ont été vendus & achetés sur le pied d'esclaves, & ceux qui le sont devenus par le sort de la guerre. La doctrine de notre Auteur est trop universelle.

(*) *Herus*, est distingué en Latin de *dominus*, le maitre d'un esclave; mais on se sert du même mot en François. R. d. T.

tion on se propose l'avantage de l'une & de l'autre partie, pour lequel le domestique loue son travail, & le maitre le prend à louage, il se forme une espece de société entre le maitre & le domestique (§. DCCCXXXVI.), qu'on appelle *société herile* (†). Elle ressemble à l'esclavage volontaire (§. DCCCCXLVIII.), & les domestiques subissent un esclavage imparfait (§. DCCCCXLVII.).

De l'obligation du domestique.

§. DCCCCLXI. Comme le domestique s'oblige parfaitement envers son maitre à un certain travail (§. DCCCCLX. CCCCXXXVIII.), *le maitre a le droit d'obliger son domestique à faire, ce qu'il peut ordonner en vertu de la convention, & s'il refuse de le faire ou s'il est négligent, il peut le congédier avant le temps* (§. CCCCXLII.). Puis donc que le *domestique* ne doit pas négliger les affaires de son maitre, il *ne peut faire ses propres affaires, dans le temps qu'il doit faire celles de son maitre, à moins* cependant *que le maitre n'y consente* (§. CCCXXXVII.), puisqu'il est le maitre de remettre son droit (§. CCCXLII.). Mais comme le maitre ne reçoit aucun dommage, *si le domestique employe utilement pour lui même le temps, pendant lequel il n'a rien à faire pour son maitre, on ne peut l'en empêcher.*

Qu'on ne doit pas donner un maitre ou un domestique malgré eux.

§. DCCCCLXII. Puisque personne ne peut obliger quelqu'un contre son gré envers un autre (§. LXXVIII.), *pendant le temps du contract, le maitre ne peut pas donner un autre maitre en sa place à son domestique, ni le domestique un autre domestique à son maitre.* Si cependant le maitre veut que son domestique fasse pour un autre un certain travail, qui d'ailleurs lui est dû, & dont il veut se passer en attendant, puisqu'il ne se fait rien en cela qui soit contre le droit du domestique (§. LXXXIII.), *le maitre peut prêter son domestique à un autre pour quelques jours* (§. DXV.). (*e*)

(†) Du mot *herus*, maitre. R. d. T.

§. DCCCCLX-DCCCCLXII. (*e*) Voyez les Auteurs cités ci-dessus.



CHA-

CHAPITRE VII.

De la maison, ou de la famille. (†)

De la société composée, & de la société simple.

§. DCCCCLXIII. On appelle *société composée*, celle qui est formée d'autres sociétés simples, ou moins composées, & l'on appelle *simple*, celle dont les membres sont des individus physiques. Donc *les membres d'une société composée sont des sociétés entieres*, qu'on considere comme des individus moraux (§. XCVI.).

Famille ce que c'est.

§. DCCCCLXIV. On appelle *maison*, „ ou *famille*, ou *menage*," une société composée des sociétés conjugale, paternelle, & hérile, ou du moins de deux de ces sociétés. Dans le premier cas elle est *parfaite*, dans le second *imparfaite*. On appelle *Pere de famille*, celui qui dans la société conjugale est le mari, dans la paternelle le pere, dans l'hérile le maitre; & l'on appelle *Mere de famille*, celle qui dans la société conjugale est la femme, dans la paternelle la mere, & dans l'hérile la maitresse. L'on reserve quelquefois le nom de *famille*, pour désigner en commun les enfants & les domestiques, & le nom de *domestiques* désigne les valets & les servantes (*). Comme les sociétés simples, dont la famille est composée, continuent à y subsister, *les droits & les obligations de chaque membre de la famille, doivent se mésurer par le but des sociétés simples qui la composent*; comme cependant les sociétés simples se réunissent en une, *chacun doit prendre garde de n'être point en obstacle à l'autre, & de ne point l'empêcher de vaquer à son devoir à tous égards.*

Du but de la famille, & du droit & de l'obligation qui en naissent.

§. DCCCCLXV. Puisqu'on contracte la société pour parvenir à un certain but en réunissant ses forces (§. DCCCXXXVI.), *la famille doit* aussi *avoir un* certain *but*, les sociétés simples continuant à y subsister, *lequel* but *n'est autre que de mieux avancer le bonheur des sociétés, en joignant les forces de ceux qui sont membres de ces sociétés*: par conséquent *quand quelqu'un devient membre d'une société simple, laquelle est membre de quelque société composée, telle qu'une maison, il s'oblige par cela même tacitement à avancer autant qu'il le peut le bonheur des sociétés simples*, & par là *il acquiert* aussi *tacitement les droits qui répondent à cette obligation* (§. XLVI.).

De l'empire dans la famille.

§. DCCCCLXVI. Puisque l'empire est commun dans la société conjugale, entre le mari & la femme (§. DCCCLXX.), dans la paternelle, entre le pere & la mere (§. DCCCLXXXVIII.), dans la société hérile, entre le maitre & la maitresse (§. DCCCCLV.), *naturellement l'empire est commun dans la famille, entre le pere & la mere de famille; ils peuvent cependant convenir entr'eux, que le pere de famille seul aura le droit de l'exercer en partie par lui-même, en partie par la mere de famille, & convenir de la maniere de l'exercer* (§. DCLXVII.). (*f*)

§. DCCCCLXVII.

(†) CHAP. VII. Après avoir donné dans le Chapitre précedent une idée de la servitude, ainsi que des obligations & des droits du maitre, de l'esclave & des domestiques, l'Auteur donne dans celui-ci l'idée d'une société, formée par la combinaison des sociétés conjugales, paternelles & heriles.

(*) Nous sommes obligés de changer un peu cet article, parce que les mêmes mots n'ont pas précisément le même sens en François qu'en Latin. R. d. T.

§. DCCCCLXVI. (*f*) Voyez ce que j'ai remarqué ci-dessus au §. DCCCLXX.

§. DCCCCLXXI.

Des loix domestiques, ou de la famille. §. DCCCCLXVII. Il suit de-là que la famille, comme société (§. DCCCCLXIV.), devant avoir ses loix (§. DCCCXLVI), *il faut dans la famile déterminer les loix, par le consentement mutuel du pere & de la mere de famille, autant qu'il n'y a pas eu de convention spéciale, au sujet de l'empire & de son administration.* Ces loix s'appellent *loix domestiques*, qui, devant prescrire les moyens de parvenir au but de la famille (ibid.) *doivent être tirées du but de la famille.*

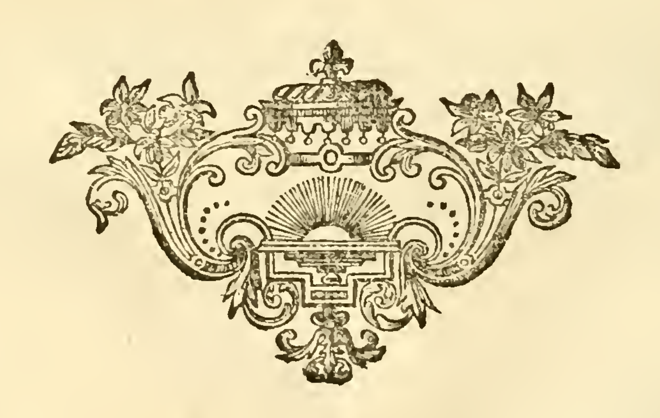
De la vigilance du pere & de la mere de famille. §. DCCCCLXVIII. Puis donc qu'on ne peut parvenir au but de la famille sans observer les loix domestiques (§. DCCCCLXVII.), *le pere & la mere de famille doivent faire une grande attention aux actions de leurs enfants & de leurs domestiques;* & puisque la *vigilance* consiste dans une soigneuse attention, à tout ce qui se fait & qu'il nous importe de connoitre, pour qu'on ne puisse pas aisément en dérober rien à notre connoissance, *le pere & la mere de la famille doivent être vigilants.*

De l'autorité du pere & de la mere de famille. §. DCCCCLXIX. Puisqu'encore le pere & la mere de famille, exercent l'empire domestique conjointement, ou que du moins le pere de famille l'exerce en partie, par le moyen de la mere de famille (§. DCCCCLXVII.), *le pere & la mere de famille doivent avoir soin de maintenir chacun l'autorité de l'autre, & ni l'un ni l'autre ne doit perdre sa propre autorité.*

Des soins qu'ils doivent se donner l'un & l'autre dans la famille. §. DCCCCLXX. Il convient très fort à la nature de la famille, *que le pere & la mere de famille aient soin, que les mœurs de leurs enfants ne soient gâtées par les domestiques, & qu'à leur tour ceux-ci ne soient pas corrompus par ceux-là, & pour cela ils ne doivent point permettre, que les enfants aient trop de familiarité avec les domestiques, & qu'ils s'arrogent quelque droit sur eux.*

Des devoirs d'humanité. §. DCCCCLXXI. Enfin comme chacun doit à chacun les devoirs d'humanité, autant qu'il est en son pouvoir de les rendre (§. CXXXIII.), *ceux qui sont dans la même famille, se doivent rendre réciproquement en toute occasion toute sorte de devoirs d'humanité.* (*g*)

§. DCCCCLXXI. (*g*) Non-seulement ils se doivent rendre mutuellement tous les devoirs d'humanité, mais ils se les doivent rendre par préference à tout autre, ainsi que je l'ai remarqué ailleurs.



SEC-

SECTION II.

De l'empire public, ou du droit de la société civile.

CHAPITRE I.

De l'origine de la société civile, & de l'empire public. (†)

Pourquoi il a fallu former des sociétés civiles, & de leur but.

§. DCCCCLXXII. Il eft aifé de voir, que chaque famille ne fuffit pas à elle-même, pour fe pourvoir des chofes qui fervent à la néceffité, à la commodité, à l'agrément, & à la félicité de la vie, ni pour pouvoir jouïr tranquillement de fon droit, obtenir des autres affez furement ce qu'ils lui doivent, & fe défendre

(†) SECT. II CHAP. I. Les Sociétés qui fe forment par le mariage, par la naiffance d'enfants, & par l'état de fervitude, ne fe bornent point, comme celles de commerce, ou autres fociétés particulieres, à quelque objet particulier: elles embraffent un but plus général & plus étendu; celui de rendre l'état de chacun des membres auffi parfait & auffi heureux qu'il foit poffible, fuivant la condition particuliere de chacun d'eux, & c'eft par ce but général qu'elles fe diftinguent de toute autre fociété: car quoique la fervitude foit fufceptible de bien des modifications; & que le lien conjugal puiffe fe former fous des conditions differentes, il eft cependant toujours de l'effence de ces fociétés de tendre à un bien commun, relatif à l'état entier de chacun des particuliers. Il en eft de même des fociétés civiles; celles-ci ne font en effet qu'un affemblage de familles & de perfonnes de différents états, réunies pour rendre par cette réunion leur état plus parfait & plus heureux. L'Auteur après avoir parlé de la fociété conjugale, de la paternelle, & de celle que l'on nomme *berile*, paffe maintenant à celle qui refulte d'une combinaifon de ces différentes fociétés en un feul corps, & c'eft à nous en tracer les différents caractères & les divers attributs, qu'il employe ce premier Chapitre. Le fujet a été traité par bien des Auteurs: nous avons un nombre infini d'ouvrages fur le Gouvernement civil: on en trouve quelques-uns de cités dans les notes, que les Commentateurs ont ajoutées aux ouvrages de GROTIUS & de PUFENDORF Si l'illuftre Philofophe, dont nous prenons la liberté de commenter les inftructions, n'a pas réuffi pleinement dans l'expofé qu'il fait de la nature de l'État civil, & des devoirs & des droits qui refultent de cet état, il furpaffe cependant tous ceux qui l'ont précedé tant pour l'ordre, que par la clarté & la précifion avec lesquelles il en parle. Les notes que j'ajouterai à quelques paragraphes, & la comparaifon que l'on fera de fon travail avec celui des autres Ecrivains, pourront fervir à juftifier le jugement que j'en porte: la remarque la plus effentielle que j'ai à faire fur fa théorie du Gouvernement civil, c'eft qu'il la fonde fur un pacte, ou quafi-pacte: il a dû le faire, parce qu'il fuppofe qu'il n'y a point de fociété, qui ne prenne fa fource & fon origine d'un *pacte* ou *quafi-pacte* ou *contract focial*, ainfi que s'expriment quelques Ecrivains modernes: & il a été encore engagé dans ce fentiment par le principe de l'égalité naturelle, fur lequel je me fuis expliqué dans la note au §. LXX La Préface qu'il a mife au devant du VIII. Tome de fon grand Ouvrage, pourra donner une idée parfaite de la maniere, dont il traite le fujet dont nous parlons, & des raifons qui l'ont porté à le traiter ainfi. Nous avons donc cru ne pouvoir mieux faire que de la placer ici Voici comme il parle:

„ Nous vous préfentons, mon cher Lecteur, „ le huitieme & dernier volume du Droit de la „ Nature; ouvrage que, d'après le plan que nous „ nous étions formé, nous avons reduit en fy„ ftême méthodique, en fuivant conftamment la „ voye de la démonftration. Dans ce volume „ nous traitons de l'Empire public, entant qu'il „ tire fa fource du pacte, par lequel les fociétés „ font formées. Car l'Empire public confideré „ en foi, n'eft rien autre chofe, que le droit que „ tous ont fur chacun en particulier, entant que „ leurs actions doivent être dirigées au but de „ la fociété. C'eft donc fur ce droit que doit fe „ regler la mefure de l'Empire public, de façon „ pour-

dre elle-même & défendre ses biens contre la violence. Il faut donc se procurer, en joignant ses forces, ce que chaque maison ne peut se procurer pour elle-même, c'est-à-dire, qu'il faut contracter des sociétés (§. DCCCXXXVI.). *Civitas. Une société contractée dans ce but s'appelle *société civile* *. D'où il paroit, qu'*il a dû se former des sociétés civiles par la convention des hommes* (ibid.), & que *le but*

„ pourtant que, soit que la Souveraineté réside „ dans le peuple lui-même, ou qu'elle soit déférée à une seule personne ou à plusieurs, elle „ soit constamment exercée suivant les regles que „ prescrit la Loi naturelle, telle que nous l'avons amplement expliquée dans les volumes „ précedents. Car de même que la Loi naturelle „ regle & dirige toutes les actions humaines, elle „ détermine aussi toutes les actions qui constituent l'exercice de l'Empire public. Les hommes étant libres de leur nature, & personne ne pouvant être soumis à un autre, que „ par sa propre volonté; naturellement on ne „ peut concevoir un Empire civil ou public, „ sans le concevoir libre & volontaire. C'est „ pourquoi aussi on ne peut se former naturellement une autre idée de ce droit, qu'en le „ concevant tel qu'il réside dans un peuple, formant librement un corps de société, qui, loin „ de repugner au Droit naturel, se trouve entierement conforme à ce qu'il ordonne. Et c'est là „ la raison pour laquelle nous ne considerons ici „ l'Empire public, qu'autant qu'il est volontaire. „ Car quoiqu'il arrive que l'on cherche à se soumettre des peuples malgré eux; empire forcé „ qui ne doit son origine qu'à la multiplicité des „ sociétés qui se sont formées, aux guerres que „ les Nations se sont faites les unes aux autres, „ aux factions qui se sont élevées dans le sein „ d'une même société, ou à la politique de certains hommes fins & rusés, qui se sont emparés par leurs intrigues du droit de commander „ aux autres; cependant on ne peut déterminer „ rien de certain sur cette sorte d'empire, qu'on „ ne se soit au préalable instruit du Droit des „ Gens; & c'est là une matiere que nous comptons traiter dans un ouvrage particulier. Nous „ ne nous arrêterons point ici aux objections, „ que quelques personnes pourroient nous faire, „ comme si nous séparions le Droit des Gens du „ Droit de la Nature, puisqu'il est sûr cependant, que les Nations ne se gouvernent que „ par le Droit Naturel. Nous nous reservons de „ rendre raison du plan que nous avons suivi, „ lorsque dans l'ouvrage que nous venons de promettre, nous traiterons au long de tout ce qui „ a rapport au Droit des Gens. Si dans le présent ouvrage nous avons passé sous silence „ quelque chose, dont nous aurions dû faire „ mention, qu'on ne pense pas que nous l'ayons „ fait par négligence ou par méprise, c'est que „ nous avons cru devoir renvoyer ces matieres au „ Traité du Droit des Gens. Dans ce volume-ci „ nous considerons premierement l'*Empire public*, „ tel qu'il dérive du pacte, par lequel les hommes ont, de leur propre & libre volonté, formé un corps de société; par conséquent nous „ le considérons tel qu'il est originairement dans „ le peuple, & nous recherchons quel droit le peuple a sur l'Empire public, comme chose qui lui „ appartient en propre. Or comme le peuple „ peut conserver la Souveraineté pour lui, ou la „ transférer à son gré à un ou à plusieurs, nous „ commençons par montrer les différentes manieres, dont il peut transmettre la souveraineté, „ ensuite nous passons aux différentes formes de „ gouvernement qui en resultent, & enfin nous „ faisons voir quels sont leurs différents droits, „ suivant la différence des gouvernements. Afin „ que l'on puisse se former une idée claire & distincte de chacun des droits, que renferme l'empire public, nous démontrons amplement quels „ sont les objets, auxquels on doit s'attacher pour „ obtenir le but qu'on se propose, en établissant „ une forme de gouvernement quelconque. En „ effet il est hors de tout doute que si la loi naturelle nous donne droit à la fin, elle nous „ donne de même droit aux moyens, sans lesquels nous ne pouvons obtenir cette fin; ou „ du moins à ceux que les devoirs, prescrits par „ la loi naturelle, nous permettent d'employer. „ Et c'est ainsi que les droits, sans lesquels on ne „ peut exercer l'empire public; & que l'on nomme ordinairement droits de majesté (*jura majestatica*) ou du souverain, deviennent de la „ derniere évidence. Quoique par les objets „ auxquels il faut s'attacher, pour obtenir le but „ qu'on se propose dans l'établissement d'un gouvernement quelconque, il paroisse clairement „ quelles sont les obligations reciproques de ceux „ qui commandent, & de ceux qui obéissent; cependant nous avons cru qu'il feroit à propos „ de les expliquer un peu plus en détail. Je „ crois assez inutile de m'étendre davantage là-dessus, puisqu'il suffit même de jetter rapidement un coup d'œil sur cet ouvrage, pour sentir l'évidence de tout ce que j'y ai traité. C'est „ ainsi que nous avons embrassé le Droit naturel „ dans toute son étendue. Si cependant quelqu'un „ s'imaginoit, qu'il faudroit y joindre ce que nous „ devons dire ailleurs du Droit des Gens, nous „ ne prétendons pas nous y opposer. Au reste qu'on

„ le

but de la société est 1. *d'avoir ce qui suffit à la vie*, c'est-à-dire, l'abondance des choses qui servent aux nécessités, à la commodité, & aux agréments de la vie & l'abondance des moyens de félicité, 2. *la tranquillité de la société*, c'est-à-dire, d'être sans crainte des injures, ou de la violation de son droit (§. LXXXVII.), 3. *la sécurité*, ou l'exemption de crainte de violence sur tout du dehors. Il paroit

„ ne croye pas, que nous présumions assez de „ nous mêmes, pour nous flatter d'avoir tellement épuisé la matiere du Droit naturel, „ qu'il n'y ait plus rien à ajouter à ce que nous „ en avons dit. Semblable à l'Océan le Droit „ de la Nature est inépuisable; & il en est de même de toutes les Sciences. Si dans les Mathématiques les Elements d'Euclide sont comme „ une source d'où découlent continuellement de „ nouveaux problèmes à resoudre, de nouvelles „ propositions à démontrer, nous croyons de „ même que les points, que nous avons traités „ dans notre ouvrage du Droit Naturel, pourront dans un cas quelconque, qui se présentera, produire de nouvelles vérités à déterminer „ & à éclaircir; & comme c'est moins le désir de „ la gloire, que l'amour de la vérité qui nous „ conduit, nous verrons avec plaisir qu'une main „ plus habile que la nôtre, présente au public „ sur cette matiere, quelque chose de mieux que „ ce que nous lui offrons. Si cependant l'esprit „ de dispute poussoit quelqu'un à m'attaquer, je „ crois devoir l'avertir qu'il n'a point de réponse „ à attendre de ma part. Ennemi de toute dissension, mon âge, ma propre dignité, mon caractère, mes mœurs, tout m'interdit cette sorte de combat. Toujours en garde contre moi-même, pour que personne n'eut à se plaindre „ que j'eusse porté atteinte à sa réputation, je ne „ prétends envier à qui que ce soit la gloire „ qu'il s'est justement acquise ou qu'il a usurpée; „ qu'il en jouisse tranquillement, je n'y mettrai „ point d'obstacle. Mais comme il y a longtemps „ que j'ai appris à ne m'apprecier que ce que je „ vaux, que loin d'aimer qu'on me flatte, il n'est „ rien que je souffre plus impatiemment que de „ prêter l'oreile aux discours de l'adulation, je „ crois à mon tour être en droit d'exiger, que je „ ne m'abaisse pas à faire moi-même un métier „ que je déteste. Je l'ai dit plus d'une fois, je „ le répete encore, ce n'est pas le désir d'une „ vaine gloire qui m'excite à philosopher; mon „ but est de me rendre utile à ceux, qui croient „ pouvoir retirer quelqu'utilité de mes instructions; je cherche à inspirer à d'autres le désir „ de faire quelque chose de mieux. Plut à Dieu „ que l'amour du vrai, animant tous les hommes, ils s'appliquassent plutôt à augmenter „ leurs connoissances, qu'à perdre le temps en „ redites inutiles ou frivoles, ou à censurer inconsidérément des choses, qu'ils ne sont point encore „ à portée de bien comprendre. Pour moi, le temps „ me paroit un bien si précieux, & il me reste encore tant à faire, que je ne puis trop être sur mes „ gardes, pour ne pas faire un mauvais emploi de „ la moindre de mes heures. Ainsi sans m'inquiéter d'où me viendront les contradictions ou „ les suffrages, & je sais qu'il est des gens auxquels il est glorieux pour un Auteur d'avoir déplu, tranquile je continuerai à marcher dans la „ route que je me suis tracée, jusqu'à ce qu'une „ force supérieure m'ordonne de m'arrêter.

„ Il me reste encore un mot à dire avant de „ finir; c'est qu'il ne faut point confondre le „ droit qu'on a sur (ou dans) l'empire avec „ l'empire lui-même. Le droit sur l'empire, tel „ qu'il est originairement dans le peuple, est un „ *domaine*; car même les choses incorporelles „ sont dans le domaine (*in dominio*). Et c'est „ de-là que dépend la différente maniere de jouïr „ de l'empire; desorte qu'il y a des Royaumes „ patrimoniaux, d'autres usufructuaires; ce qui „ même peut avoir lieu dans l'Aristocratie. Et il „ resulte de là que la maniere de jouir de l'empire, ne change rien à l'empire lui-même, „ mais que celui-ci ne peut subir aucun changement, sans une convention passée entre le Chef „ & le Peuple. C'est par erreur qu'on ne met „ point de distinction entre l'empire & le *domaine*; & c'est confondre grossièrement toutes les „ idées, que de concevoir l'empire comme une „ sorte de domaine, dans lequel sont compris les „ sujets, les biens des sujets, ou du moins les „ terres, dont l'empire appartient au Chef de la „ société; ce n'est pas une erreur moins réelle, „ de croire que le domaine soit tellement inhérent „ à l'empire, qu'on ne puisse concevoir l'un sans „ l'autre. On ne peut nier que, faute d'avoir „ bien distingué ces deux choses, il ne se soit „ glissé plusieurs erreurs dans le Droit public universel, qui semblent être consacrées par un long „ usage. Il étoit pourtant de l'intérêt du genre humain, que des choses, si différentes entr'elles, ne „ fussent point confondues, puisque la plupart „ des guerres, le plus terrible des fléaux des hommes, & même la guerre présente, doivent leur „ origine à cette confusion. Combien de maux „ en effet la guerre n'entraine-t-elle pas après „ soi, & que les Nations, chez lesquelles ses „ fureurs se font sentir, l'éprouvent bien cruellement de nos jours. Puisse le Ciel mettre bientôt un terme à leurs maux!

 §. DCCCCLXXII.

roit encore, que *le salut de la société civile consiste dans la jouïssance de ce qui suffit à la vie, de la tranquillité, & de la sécurité* (§. DCCCXXXVII.), *lequel salut entant qu'on y parvient est le lien public* (ibid.). (*b*)

Gouvernement ce que c'est. §. DCCCCLXXIII. L'arrangement de la société civile s'appelle *Etat* *, qu'il ne faut pas confondre avec la société civile, celle-ci étant une convention par laquelle on constitue la société, l'autre la convention par laquelle on regle les moyens de parvenir au but de la société. Par l'une la société ne reçoit point encore sa forme spécifique, qu'elle acquiert seulement par l'autre. (†)

* Respublica.

Ce que c'est que nation, citoyen, étranger, habitant. §. DCCCCLXXIV. Une multitude d'hommes associés pour former une société civile s'appelle un *peuple*, ou une *nation.* Ainsi *une multitude d'hommes associés pour quelqu'autre but, que pour former une société civile* (§. DCCCCLXXII.), *n'est pas une nation.* Les membres de la société civile, ou chacun de ceux qui la forment s'appellent *citoyens;* celui qui n'est pas membre de notre société civile

§. DCCCCLXXII. (*b*) Voici l'ordre dans lequel les idées de notre Auteur se suivent. L'homme & la femme s'unissent pour se donner des enfants & pour les élever: c'est le but du lien conjugal & le fondement du pouvoir paternel. L'éducation finie, le pouvoir paternel cesse; & les enfants se trouvent dans l'indépendance: de là diverses familles, qui toutes sont égales entre elles, & indépendantes les unes des autres; parce que naturellement tous les hommes sont égaux entre eux: ainsi il ne peut y avoir d'empire ou de dépendance, qu'au moyen d'un contract. Donc tout empire, tout gouvernement est originairement fondé sur un contract ou quasi-contract. On voit à ce dévelopement, que notre Auteur a dû admettre comme une constitution originaire & nécessaire du genre humain, une situation, qui ne lui est pas plus essentielle que toute autre. Car quelle nécessité que les enfants abandonnent la maison paternelle, & renoncent au lien qui les unit à ceux qui leur ont donné la naissance? Quelle nécessité qu'ils renoncent au lien du sang, qui doit leur donner un attachement pour les membres de la famille? Quelle nécessité de renoncer à un lien, qui les met en état de s'entre-secourir & de se servir mutuellement avec plus d'efficace, que s'ils se trouvent dans un état séparé & isolé? Sera-ce pour avoir lieu de sentir leur foiblesse, pour reprendre ensuite l'état qu'ils ont abandonné, & pour jouïr de la vie avec plus de sûreté & d'aisance. Si l'expérience nous apprend, que les familles isolées ne se suffisent pas pour être à l'abri de la violence, & jouïr de la vie avec une pleine sûreté, est-on bien authorisé à supposer & à mettre en fait, que le pouvoir paternel cesse, dès que les enfants sont parvenus à l'état de pouvoir se conduire eux-mêmes. D'ailleurs, si c'est par ce que l'état isolé ne donne pas tout ce qui est nécessaire, pour jouir de la vie avec une entiere sûreté, que l'on est obligé de s'unir & de se former en un corps d'état; & que c'est à cette raison, que nous devons attribuer l'origine & la naissance des sociétés civiles; cette même raison ne nous conduit-elle pas à une conclusion toute contraire? L'expérience nous apprend, que l'état civil ne met point l'homme à l'abri de l'oppression & de la violence, & qu'il s'en faut de beaucoup que l'homme jouisse dans cet état des avantages, qui pourroient lui faire jouir de la vie avec une entiere sûreté: il devroit donc plutôt être disposé à abandonner l'état civil qu'à le rechercher. Dans un petit Ecrit latin, que j'ai publié en 1749. j'ai démontré 1. que toutes les causes, alleguées par quelques Auteurs comme des motifs, qui doivent avoir engagé les hommes à former des sociétés civiles, ne justifient pas leur opinion. 2. Que mille différentes causes en différents temps & en différentes circonstances, ont pu porter les hommes à s'unir en corps d'Etat. 3. Que mille circonstances peuvent avoir donné lieu à la naissance d'une société civile, sans que les membres y aient été portés par les motifs qu'on leur attribue. 4. Que l'Histoire ne nous représente pas l'origine & la naissance des sociétés de la maniere, dont ces Auteurs prétendent qu'elles doivent s'être formées. 5. Que dans bien des pays les hommes vivent dans un état, qui n'a pas même l'ombre de ce que nous nommons Etat civil. De tout cela je conclus, que si l'on veut se contenter de l'ordre que nous voyons regner dans l'univers, ne point se forger des hypotheses, & se contenter de ce que l'histoire & l'expérience nous manifestent, on ne supposera point d'autres causes, ni d'autres motifs de la naissance & de l'origine des sociétés civiles, que le concours de différentes circonstances particulieres, qui peuvent avoir varié à l'infini, & dont le temps a effacé le souvenir; à moins que l'Histoire ne nous les fasse connoitre particulierement; comme est, par exemple, le sou-

le s'appelle un *étranger;* & un étranger, à qui l'on permet d'habiter & de faire ſes affaires dans un autre pays que le ſien s'appelle un *habitant.*

§. DCCCCLXXV. Puiſque c'eſt de la convention, par laquelle on conſtitue la ſociété (§. DCCCCLXXII.), que nait l'obligation (§. CCCCXXXVIII.), *chacun eſt obligé envers tous d'avancer autant qu'il le peut le bien commun, & tous conjointement ſont obligés envers chacun, de pourvoir à ce qui ſuffit à la vie, à la tranquilité, & à leur ſécurité* (§. DCCCCLXXII.); par conſéquent *perſonne ne doit rien faire qui ſoit contraire à cette obligation,* & ainſi *tous conjointement ont le droit de contraindre chacun à remplir ſon obligation.* (*i*) *De l'obligation de chacun des citoyens, & de tous conjointement.*

§. DCCCCLXXVI. Puis donc qu'on ne doit rien faire dans la ſociété civile, qui ſoit contraire à ſon ſalut (§. DCCCCLXXII. DCCCCLXXV.), *le ſalut public* en *eſt la loi ſuprême,* par conſéquent, *ſi le ſalut public exige qu'on diſpoſe d'une certaine maniere des choſes des citoyens, & même de quelques-uns des citoyens, tous conjointement, ou le peuple, ont droit d'en diſpoſer ainſi.* (*k*) *De la loi ſuprême de la ſociété civile.*

§. DCCCCLXXVII.

ſoulevement des Hollandois contre le Roi d'Eſpagne, qui a donné lieu à l'Union d'Utrecht, & naiſſance à la République des Provinces-Unies. Toute Société civile (dit notre Auteur) doit avoir pour but d'obtenir à forces réunies, ce que les familles ſéparées ne peuvent ſe procurer: de-là il conclut, que la fin ou le but d'une ſociété civile conſiſte dans la jouiſſance de tout ce qui eſt néceſſaire à la vie. Ce raiſonnement ſuppoſe, que l'on peut ſe procurer par l'état civil, la jouiſſance de tout ce qui eſt néceſſaire à la vie, puiſqu'on ne peut gueres être porté à deſirer un état, à moins que cet état ne ſoit du moins ſuſceptible, de nous procurer ce que nous nous flatons qu'il nous fera obtenir: notre eſpérance doit avoir quelque fondement, ſoit réel, ſoit apparent. Mais eſt-il bien poſſible de ſe repréſenter l'état civil, comme une ſituation propre à nous donner la jouiſſance de tout ce qui eſt néceſſaire à la vie? La raiſon & l'expérience ne prouvent-elles point également, que l'état civil a bien des inconvénients, & même des inconvénients ſi conſidérables, qu'on pouroit même douter ſi l'état iſolé ne lui eſt pas préferable. Quoiqu'il en ſoit, il me ſemble que le raiſonnement ſuivant ſeroit plus naturel & plus ſimple. Les hommes doivent tendre à leur perfection comme ſource de leur bonheur: la perfection de la ſociété humaine reſulte de l'harmonie des parties: plus ces parties ſont unies & liées, plus elles peuvent contribuer à la perfection de la ſociété humaine, & au bonheur des hommes, qui doit s'enſuivre: or comme la ſociété civile eſt un moyen, qui unit & lie plus particulierement les membres de la ſociété humaine, les hommes ſont intéreſſés à s'en ſervir, pour rendre par là leur état plus parfait, & conſéquemment plus heureux: argument qui prouve en même temps, que les membres d'une famille ſont obligés d'en entretenir les liens, & nullement authoriſés à ſe ſouſtraire au pouvoir, ſans lequel l'union & l'harmonie ne peuvent être conſervées.

(†) Nous faiſons un leger changement dans cet article, dans lequel Mr. WOLF remarque qu'on confond quelquefois *reſpublica* & *civitas*, confuſion qui n'a pas lieu en François, en ſe ſervant des mots par leſquels nous rendons *Reſpublica.* R. d. T.

§ DCCCCLXXV. (*i*) Comme il eſt de l'eſſence d'une ſociété, (de quelque maniere qu'elle ait été formée) que les actions générales de ceux qui la compoſent concourent à une même fin, il s'enſuit que les actions particulieres de chaque membre, ne doivent rien embraſſer ou opérer qui ſoit contraire au bien public; & il n'eſt pas néceſſaire pour prouver cette vérité, de recourir à un pacte ou contract ſocial. Voyez ce que j'ai dit dans la note au §. DCCCXXXVI. C'eſt une maxime que chaque Citoyen eſt obligé de tendre au bien public: mais cette maxime ne peut & ne doit s'entendre que des choſes relatives au bien public, & qui ſont laiſſées au jugement de chacun des Citoyens.

§. DCCCCLXXVI. (*k*) Il y a bien à redire à la conſéquence que l'Auteur tire de la maxime générale, que le ſalut de l'Etat eſt la Loi ſuprème. Si je me mets en ſociété pour me procurer la jouiſſance de tout ce qui eſt néceſſaire à la vie, comment mes aſſociés peuvent-ils avoir le droit de diſpoſer de mes facultés & même de ma perſonne, pour ſe procurer ce qu'ils n'ont droit de ſe donner qu'autant que je puis y participer. C'eſt afin que les membres en corps rendent mon état plus ſûr, que je me ſuis mis en ſociété avec d'autres, & que je m'engage de concourir à rendre leur état plus ſûr: c'eſt la fin & le but du contract ſocial, ſur lequel on fonde la ſociété civile, & ce contract ne peut avoir d'autre but ni d'autre fin: comment donc eſt-il poſſible que les

De la liberté des sociétés civiles, ou des nations.

§. DCCCCLXXVII. Puisque chacun de ceux, qui s'unissent en société civile, est libre (§. LXXVII.), & qu'en formant une société ils ne s'obligent qu'entr'eux (§. DCCCCLXXII.), *naturellement les différentes sociétés civiles doivent être considérées comme des personnes libres, vivant dans l'etat de nature* (§. DCCCL.), ce qui suit aussi de ce que la société civile est une société (§. DCCCCLXXII. DCCCL.).

Du droit de déterminer ce qui doit se faire pour parvenir au but.

§. DCCCCLXXVIII. Puisque *toute société civile* est libre *naturellement* ou en vertu de son origine (§. DCCCCLXXVII.), & que par conséquent elle est indépendante de toute autre nation, & de quelque homme que ce soit (§. LXXVII.), elle *a* aussi *le droit de déterminer à son gré la maniere, dont on doit avancer le salut public, ou les moyens par lesquels on parvient au but de la société*, donc *elle a le droit non-seulement de régler tout ce qui est nécessaire à ce but, & de déterminer ce qui doit se faire constamment de la même maniere, & par conséquent de faire des loix* (§. XXXIX.), *mais encore de décerner tout ce qui doit se faire dans quelque cas qui survienne.* Il paroit au reste, que *tout cela doit être déterminé par un consentement commun* (§. DCCCXLI.). Mais comme il n'est pas possible que tous soient toujours d'accord, *ce que le plus grand nombre trouve bon, doit être regardé comme la volonté de tous, & ainsi le plus petit nombre est obligé par le plus grand.*

Origine de l'empire civil.

§. DCCCCLXXIX. *Le droit que tous ont sur chacun*, consistant à déterminer leurs actions (§. DCCCCLXXVIII.), *est un empire* (§. DCCCXXXIII.), qu'on appelle *empire civil*, ou *pouvoir civil*, *qui nait de la convention, par laquelle on a établi la société civile* (§. DCCCCLXXII.), *& qui originairement appartient au peuple* (§. DCCCCLXXIV.), *comme une chose incorporelle dont il a la propriété* (§. CCVI.). (*l*)

Des limites de l'empire civil.

§. DCCCCLXXX. *L'empire civil* devant se mesurer par le but de la société civile (§. DCCCCLXXVI. DCCCCLXXII.), *il ne s'étend pas au-delà de celles des actions des citoyens qui regardent le bien public*, par conséquent *la liberté naturelle* de chacun n'étant restreinte, que par rapport à ces actions (§. DCCCCLXXV. LXXVII.), elle *reste entiere par rapport aux autres actions.* (*m*)

De la souveraineté de l'empire civil.

§. DCCCCLXXXI. Comme l'empire civil est indépendant, par rapport à son exercice, de toute autre nation, & de quelque homme que ce soit (§. DCCCCLXXVII. LXXVII.), *aucun acte appartenant à l'exercice de l'empire, ne peut*

membres en corps puissent avoir le droit de disposer des biens, de la fortune & de la personne de l'un d'eux? Dès que l'on suppose, que les sociétés civiles sont fondées sur un contract, je ne vois pas que l'on puisse justifier cette thèse. On y réussira mieux si l'on s'en tient à l'idée que, de quelque maniere qu'une société ait été formée, ceux qui sont à la tête de la société, & qui ont droit d'en déterminer les actions, ne peuvent avoir d'autre but, que celui de préferer le bien général au bien de chaque individu, toute proportion gardée & toutes choses d'ailleurs égales.

§. DCCCCLXXIX. (*l*) On doit se rappeller que l'Auteur fonde la souveraineté ou la puissance civile, qu'il nomme *imperium*, sur un contract ou pacte, par lequel cette puissance seroit originairement entre les mains du peuple; & il faut observer encore, qu'en appellant empire le droit de déterminer les actions libres des hommes, il ne s'ensuit point que celui, qui a quelque empire sur des hommes unis en corps d'état, ait par-là le droit de déterminer absolument toutes leurs actions. J'ai remarqué dans la note au paragraphe DCCCCLXXII. que le but & la fin de toute société civile, sont de rendre l'état de la société humaine plus parfait & plus heureux: ainsi l'empire ou le droit souverain, quelque illimité qu'il puisse être, ne peut s'étendre que sur les actions des membres de la société civile, qui y ont rapport. Voyez encore ce que j'ai dit dans la note au §. DCCCXXXVI.

§. DCCCCLXXX. (*m*) Ce n'est pas seulement par la fin de la société qu'on doit juger de l'empire, mais par la maniere dont l'association s'est faite: car quoique la fin de la société indique quel doit être l'objet du gouvernement ou de l'empire, il ne marque cependant point jusqu'à quel degré on a voulu faire dépendre cet objet du jugement, soit d'un, soit de quelques-uns des membres de la société, soit du peuple en corps; & il faut

peut être annullé par aucun homme quel qu'il soit. C'est pourquoi comme on appelle *empire souverain* ou *souveraineté* l'empire, dont les actes ne peuvent être annullés par aucun homme, *l'empire civil est souverain en soi*, c'est-à-dire, tel qu'il appartient originairement au peuple (§. DCCCCLXXIX.).

Comment le peuple peut disposer de l'empire, & du droit du Prince.

§. DCCCCLXXXII. Comme l'empire civil appartient originairement au peuple, ou qu'il est dans son domaine (§. DCCCCLXXIX.), *s'il s'agit de mettre un arrangement dans la société civile, le peuple, ou tous conjointément doivent convenir entr'eux s'ils retiendront l'empire, ou s'ils le transféreront à une seule personne ou à plusieurs conjointement; s'ils le transféreront en tout ou en partie, & si ce sera sous certaines conditions, ou sans condition; si ce sera irrévocablement ou non, si ce sera pour un certain temps, ou pour toute la vie; s'il sera transmissible à certaines personnes ou non; si ce sera seulement par rapport à l'exercice, ou par rapport à la substance même.* C'est pourquoi comme on appelle *régent*, ou *gouverneur*, ou *administrateur de la société civile* ou *prince*, celui à qui l'empire y a été déféré pour qu'il l'exerce, *le droit du Prince doit être mesuré par la volonté qu'avoit le peuple lorsqu'il transféroit l'empire.* (*n*)

Des différentes sortes d'empire.

§. DCCCCLXXXIII. Puisque l'empire civil consiste dans le droit de déterminer les choses requises pour avancer le bien public (§. DCCCCLXXX.), selon la diversité de ces choses il embrasse différents droits, que GROTIUS appelle *les parties potentielles de l'empire.* On appelle donc *empire complet* ou *plein* celui dont on n'a retranché aucune partie, & *moins plein* celui dont on a retranché quelque partie. Un *empire limité* est celui dont l'exercice est resserré par certaines loix, ou dans lequel on a besoin du consentement d'un autre; & l'empire *absolu* est celui qui n'est point limité. Ainsi *un empire moins plein peut être absolu, & en même temps souverain* (§. DCCCCLXXXI.), *& un empire plein peut être limité en tout, ou limité dans quelqu'une de ses parties, & absolu dans les autres.* Si l'on confere *l'empire* pour un certain temps, il est appellé *à temps*, & il peut être absolu, & souverain. S'il est donné sous cette clause, aussi longtemps qu'on le trouvera bon, il est *précaire*, & il *peut être révoqué à chaque instant*; par conséquent il ne peut être souverain (ibid.), quoiqu'*il puisse être absolu.* (*o*)

faut encore se rappeller ici, que dans la supposition que le pouvoir suprême est originairement entre les mains du peuple, & qu'il y est en vertu d'un contract, il ne s'ensuit pas que ce pouvoir s'étende à tout ce que le peuple en corps pourroit juger faire partie du bien public: car il faudroit examiner si les Contractants ont bien voulu laisser, soit à leurs Constituants, soit au peuple en corps le droit de déterminer tout ce que le bien public demande, & de disposer en conséquence. Des familles de différente religion s'unissent en un corps d'Etat: après quelque temps quelques-unes d'entre elles jugent que toute la société ne doit avoir qu'une seule religion. Croiroit-on qu'il fut permis aux familles en corps de décider, par exemple, à la pluralité des voix, quelle seroit la religion que toute la société devroit embrasser & suivre? Il importe de bien faire attention à ce que je viens d'observer, parce que ceux qui sont à la tête des gouvernements publics, ne sont que trop disposés à étendre les limites de leur pouvoir. Mr. WICHERS a donné une Pièce Academique *de æqualitate hominum naturali non violanda*, dans laquelle on trouve des réflexions très sensées sur les droits, qui ne peuvent être mis à la discrétion de la puissance civile. Voyez ma note au §. DCCCXXXV.

§. DCCCCLXXXII. (*n*) Il seroit à souhaiter, que les sociétés civiles pussent se former de la façon, dont l'Auteur l'enseigne dans ce paragraphe: malheureusement voyons-nous dans les Annales du monde, qu'elles n'ont pas pris naissance par une voye si paisible.

§. DCCCCLXXXIII. (*o*) L'Auteur fait sentir dans ce paragraphe, que le gouvernement civil peut être limité de deux façons: premierement quant aux droits; secondement quant à l'exercice de ces droits: il nomme *empire plein* le gouvernement,

§. DCCCCLXXXIV.

Des loix fondamentales. §. DCCCCLXXXIV. Les *Loix* par lesquelles l'exercice de l'empire est restreint sont appellées *fondamentales. C'est* donc *une loi fondamentale qui ordonne, que le Prince devra dans certaines affaires requerir le consentement, ou de tout le peuple, ou de certaines personnes, aussi-bien que celle qui ordonne la maniere de transmettre ou de déférer l'empire.* Il paroit de plus, que *le Prince est obligé d'observer les loix fondamentales*, & qu'*il ne peut les changer à son gré* (§. DCCCCLXXXII.). Mais comme *les loix fondamentales* se font *par le consentement du peuple* (§. DCCCCLXXVIII.), elles *peuvent* aussi *être abolies ou changées* par son consentement, *pourvu qu'on ne diminue point le droit du Prince, ou celui qui doit appartenir à ses successeurs* (§. LXXXVI. c.). Mais comme les loix fondamentales sont celles que fait le peuple à son gré en transférant l'empire au Prince (§. DCCCCLXXXII.), *si le Prince, qui a un empire absolu, fait lui-même certaines loix, suivant lesquelles il veut exercer l'empire, ou s'il établit un conseil, sans l'approbation duquel il ne veuille rien faire, ce ne sont point des loix fondamentales*, & par conséquent *le Prince n'est point obligé nécessairement à les observer, & s'il trouve à propos, il peut les abolir entierement.* C'est pourquoi l'empire ne cesse pas pour cela d'être absolu (§. DCCCCLXXXIII.), & souverain (§. DCCCCLXXXI.). *La même chose a lieu si le peuple exprime simplement la volonté qu'il a que le prince fasse ou ne fasse pas certaines choses, & qu'il ne déclare pas expressément, qu'il ne veut pas s'en tenir à son jugement, & s'il n'établit point de conseil, sans le consentement duquel on ne puisse rien décerner sur ces choses;* puisqu'alors le peuple ne se reserve aucun droit sur les actes du Prince. (*p*)

Comment l'empire ne peut être deferé. §. DCCCCLXXXV. Comme la bonté ou la malice d'une action n'est pas une marque propre à distinguer les droits du Prince & du peuple, puisque tout le monde

ment, qui comprend tous les droits qui caractérisent la souveraineté; moins plein celui, qui ne les renferme pas tous.

§. DCCCCLXXXIV. (*p*) La transition que l'Auteur fait dans ce paragraphe mérite d'être remarquée. Il suppose que les loix fondamentales d'un Etat ne regardent que l'exercice de la souveraineté, & cette supposition en emporte une autre; savoir, que dans une société civile quelconque, l'empire, ou la souveraineté, est toujours, par rapport au droit du peuple, plein ou entier: c'est une erreur à laquelle il importe de faire attention: nous aurons occasion d'en parler ci-après.

(*) Si Mr. WOLF eut écrit dans une République ou en Angleterre, vraisemblablement il auroit un peu changé cet article, où l'on ne voit pas la justesse ordinaire de ses raisonnemens, sa conclusion étant beaucoup plus générale que son principe; car de ce que tout le monde ne juge pas de même de la bonté ou de la malice des actions, il s'ensuit, non qu'en général on ne pourra jamais résister au Prince qui gouverne mal, mais simplement qu'on ne pourra résister dans les cas, où tout le monde ne jugeroit pas de même de son mauvais gouvernement: dans les cas où il est évident pour chacun, que le Prince gouverne mal, le principe d'où Mr. WOLF tire sa conséquence manque tout-à-fait. Voici donc comment il semble qu'on auroit dû changer cet article.

„ Comme la bonté ou la malice d'une action „ n'est pas *toujours* une marque propre à distinguer les droits du Prince & du peuple, puisque „ tout le monde n'en juge pas *toujours* de même, „ *l'empire ne peut être déféré sous cette condition*, „ *que tout le peuple devra obéir à celui qui gouverne* „ *bien, mais qu'il pourra résister à celui qui gouverne* „ *mal*, au jugement d'une partie du peuple, & „ *le réprimer*; mais on ne pourra résister, que „ lorsque tout le peuple jugera de même de la „ mauvaise administration du Prince." R. d. T.

§. DCCCCLXXXV. (*q*) Il y a des actes dont la bonté & la mechanceté est si frappante, qu'il faut être destitué de tout jugement pour ne la pas appercevoir: quelle absurdité au reste dans ce mot de Trajan: *prenez ce fer, servez-vous en pour moi, si je gouverne-bien, & contre moi, si je gouverne-mal:* & quel inconvénient qu'un *Justiza* du Royaume d'Arragon dise au Roi: „Nous „ qui valons chacun autant que vous, & qui tous „ ensemble sommes plus puissans que vous, nous „ pro-

monde n'en juge pas de même, *l'empire ne peut être déféré sous cette condition, que tout le peuple devra obéir à celui qui gouverne bien, mais qu'il pourra résister à celui qui gouverne mal, & le reprimer*, par conséquent, *la sujettion mutuelle du Prince & du peuple ne peut être perpétuelle* (§. DCCCXXXV.) (*) (q)

§. DCCCCLXXXVI. Si l'*empire* n'est transféré au Prince que, par rapport à l'exercice, on l'appelle *usufructuaire;* s'il est transféré quant à la substance, on l'appelle *patrimonial.* C'est pourquoi *l'empire patrimonial est possédé de plein droit, l'usufructuaire d'un droit moins plein* (§. CXCVIII.). Il paroit au reste, que *l'empire usufructuaire plein peut être absolu & souverain, & que l'empire patrimonial peut être moins plein & limité* (§. DCCCCLXXXIII. DCCCCLXXXI.). *La maniere de posséder l'empire* n'étant pas une partie de l'empire, mais en étant distinguée comme une chose différente, *ne change rien à l'empire même, & n'en regarde point l'exercice* (§. LXVI.). (r) *De la maniere de posséder l'empire.*

§. DCCCCLXXXVII. Puisque les choses même incorporelles peuvent être inféodées (§. DCCXL.), *l'empire peut aussi être inféodé* (§. CXXI. DCCCCLXXIX.). L'inféodation regardant la maniere de posséder l'empire, *un empire inféodé peut être absolu, plein, & souverain* (§. DCCCCLXXXVI.); *il est possédé cependant moins pleinement* (§. DCCXXXVI. DCCCCLXXXVI.). *De l'inféodation de l'empire.*

§. DCCCCLXXXVIII. Puisqu'il dépend entierement de la volonté du peuple de déférer l'empire comme il lui plait (§. DCCCCLXXXII.), *l'empire peut aussi être déféré par maniere de fidei-commis*, c'est-à-dire, *à condition que dans un certain temps, ou en mourant le Prince le restituera à un autre* (§. DCCCCXLI.). Et il paroit comme ci-dessus (§. DCCCCLXXXVII.), qu'*un empire déféré de cette maniere peut être absolu, plein, & souverain.* (s) *De l'empire déféré par maniere de fidei-commis.*

§. DCCCCLXXXIX.

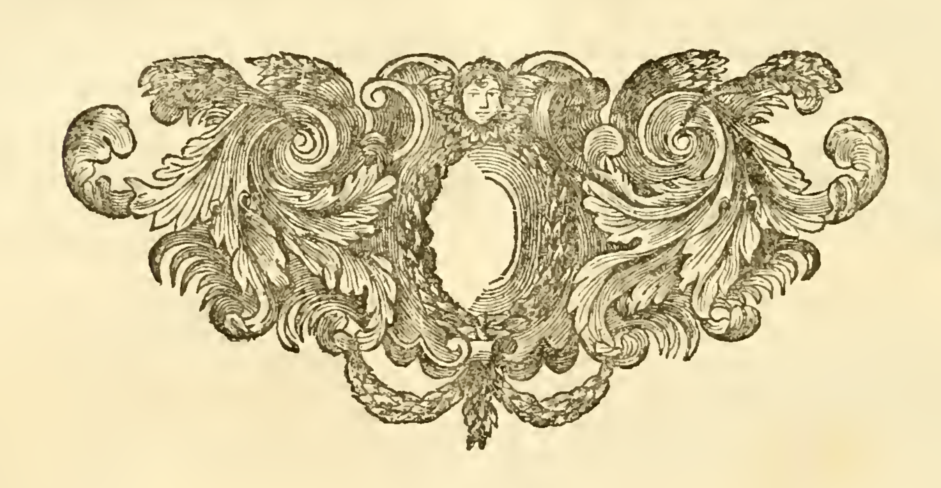
,, promettons d'obéir à votre gouvernement, si ,, vous maintenez nos droits & nos privileges; ,, & sinon, non." Voyez sur cette matiere le *Gouvernement civil* de LOCKE, NOODT *du Droit des Souverains;* dans le *Recueil des Discours de* BARBEIRAC. BOURLAMAQUI *Princ. du Dr. Pol. T.* II. *p.* II. *Ch.* VI. §. 26. VAN DER MUELEN *de Sanct. Sum. Imp. civ.* & les Auteurs que l'on trouve allegués dans les Ouvrages de PUFENDORF & GROTIUS.

§. DCCCCLXXXVI. (r) La maniere d'obtenir la Souveraineté ne change rien à la Souveraineté même, dit notre Auteur, & cela est vrai dans un sens, parce que la maniere, dont on parvient à la possession d'une chose ne change rien à la chose, si déjà elle existe: mais dès que la façon de l'acquérir donne naissance à la chose même, alors on ne peut pas dire que la maniere, dont on vient à la posséder n'y change rien. Dès que la naissance d'un enfant donne au pere & à la mere droit sur les actions libres de cet enfant, par la raison seule qu'ils l'ont engendré, ce droit est par sa nature différent de celui qu'un tiers m'auroit donné sur ces mêmes actions; parce que dans le premier cas l'étendue de ce droit n'a jamais dépendu du jugement ni de la volonté de quelque autre. Si les Représentants d'un Peuple offrent la Souveraineté, & qu'elle soit acceptée, celui qui l'aura acceptée ne possédera pas le même droit, que celui qui aura acquis la Souveraineté par conquête: dans le premier cas celui qui possede la Souveraineté, devra se régler sur l'intention de ceux qui lui auront conferé la Souveraineté; dans le second cas il pourra se regler en tout sur son propre jugement, quoique dans l'un & l'autre cas, ceux qui seront revêtus de l'autorité suprême ne pourront en faire usage, que pour le bien du peuple, sur lequel ils exerceront l'empire. Il est égal quel soit le titre par lequel on possede un tableau ou une statue: ce titre ne change rien à la chose. Mais si un artiste s'est fait une statue ou un tableau, la maniere dont il l'aura acquis ne sera point indifférente, par rapport à la chose même: elle sera plus ou moins parfaite, suivant que l'artiste aura réussi.

§. DCCCCLXXXVIII. (s) Ce qui est dit ici n'a rapport qu'aux Souverainetés, qui s'acquiérent par délation; & il faut bien y faire attention, parce que toute la Theorie de notre Auteur y est fondée, comme on le verra par la suite.

De la capitulation. §. DCCCCLXXXIX. On appelle *capitulation* la convention, par laquelle le Prince & le peuple, ou ceux qui ont le droit du peuple, réglent la maniere d'administrer l'empire. *La capitulation est* donc *une loi fondamentale* (§. DCCCCLXXXIV.), par conséquent *elle est nécessaire, si l'empire doit être limité* (§. DCCCCLXXXIII.); au reste *il n'y a point de loix fondamentales perpétuelles.* Comme il faut garder les conventions (§ CCCCXXXVIII.), *on ne peut rien changer à la capitulation, sans le consentement de celui, avec qui elle a été faite.* (*t*)

§. DCCCCLXXXIX. (*t*) Je ne vois pas pourquoi la capitulation ne pourroit pas avoir aussi bien la Souveraineté même pour objet, que la forme de l'administration. Ordinairement on entend par *Capitulation* l'acte, par lequel on regle les droits qu'on accorde & la maniere de les exercer.



CHA-

CHAPITRE II.

Des diverses formes de Gouvernement. (†)

§. DCCCCXC. Si l'empire appartient à tout le peuple, cette forme de gouvernement s'appelle *démocratie*, ou *état populaire*. Comme la *liberté civile du peuple* consiste en ce qu'il ne dépend de la volonté de personne, par rapport aux actes requis pour avancer le bien public, *dans la démocratie le peuple jouit de la liberté civile, & il est libre non seulement, par rapport aux autres Nations* (§. DCCCCLXXVII.), *mais aussi par rapport à soi-même.* *De la Démocratie.*

§. DCCCCXCI. Si l'empire tel qu'il appartient originairement au peuple, c'est-à-dire, plein, absolu, & souverain, est entre les mains d'un seul, cette forme de gouvernement s'appelle *monarchie*. C'est pourquoi *dans la monarchie le monarque a autant de pouvoir, que tout le peuple à la fois dans la démocratie;* & comme la maniere de posséder l'empire ne change rien à l'empire même (§. DCCCCLXXXVI.), *le pouvoir est le même soit que l'empire soit dans le patrimoine du monarque, soit qu'il en ait seulement l'usufruit.* Puisque dans la monarchie le droit du peuple est transféré au monarque, *le monarque représente le peuple.* (*u*) *De la Monarchie.*

§. DCCCCXCII. On appelle *Aristocratie* la forme de gouvernement, dans lequel l'empire tel qu'il appartient originairement au peuple, est entre les mains de certaines personnes déterminées, qu'on appelle les *Grands*. Ainsi *les Grands ont autant de pouvoir dans l'aristocratie, que le peuple dans la démocratie, & ils ont un empire plein, absolu, & souverain.* Il faut appliquer ici ce que nous avons dit du monarque (§. DCCCCXCI.), touchant la maniere de posséder l'empire. Et puisque *les Grands* ont le droit du peuple, ils *représentent ensemble le peuple.* C'est pourquoi puisque la *dignité civile*, est la prééminence sur les autres personnes dans le gouvernement, prééminence qui *se mesure par les droits qui appartiennent à la personne*, les Grands n'ayant que conjointement le droit que le monarque a seul, *la dignité du monarque est plus grande que celle de chacun des Grands.* (*x*) *De l'Aristocratie.*

§. DCCCCXCIII.

(†) CHAP. II. Après avoir traité de la maniere, dont les Sociétés civiles ont pris naissance, notre Auteur nous expose les différentes formes, dont elles sont susceptibles: il fait connoitre en même temps les différentes parties, qui entrent dans la constitution d'un Etat, suivant la forme qui lui est essentielle. PUFENDORF a traité le même sujet & a suivi le même ordre dans son Abregé, *L.* II. *Ch.* VI. & dans son grand Ouvrage, *L.* VII. *Ch.* II.

§. DCCCCXCI. (*u*) Ce qui est enseigné dans ce paragraphe suppose deux choses: 1. que toute Souveraineté, dont les membres en corps ou le peuple sont originairement revêtus, est pleine, absolue, & souveraine: 2. que le pouvoir souverain ne peut se trouver entre les mains d'un seul, qu'en passant du peuple au Monarque. Quant à la premiere de ces deux propositions, notre Auteur a cru l'avoir démontrée dans le §. 91. *Tom.* VIII. de son grand Ouvrage, où il renvoie au §. 213. du *Tome* VII. mais il se trompe, comme on peut le voir, en prenant la peine d'examiner les endroits que je viens de citer. Quant à la seconde proposition, si la Souveraineté est fondée sur un contract, elle ne sera pleine, absolue, & souveraine, qu'autant qu'elle aura été rendue telle par l'engagement. Si le contract s'est fait par un engagement tacite, s'il n'y a eu rien de stipulé, rien de déterminé, rien d'écrit, alors il faudra déduire des circonstances jusqu'à quel degré les Contractants ont voulu se lier, & se soumettre au jugement de celui ou de ceux, auxquels ils auront conferé la Souveraineté.

§. DCCCCXCII. (*x*) Je tiens pour repétées les réflexions faites au paragraphe précedent.

Du gouvernement mixte. §. DCCCCXCIII. On appelle *gouvernement mixte*, celui qui dans certaines choses ressemble à la monarchie, dans d'autres à l'aristocratie, dans d'autres à la démocratie, ou qui tient seulement quelque chose de deux de ces formes du gouvernement. *La forme mixte de gouvernement vient de la division de l'empire dans ses parties potentielles* (§. DCCCCLXXXIII.), *& de sa limitation* (§. DCCCCLXXX.). L'une & l'autre se peuvent faire en différentes manieres, *les formes mixtes de gouvernement peuvent différer en plusieurs manieres, & la forme de chacun doit être déterminée par les loix fondamentales* (§. DCCCCLXXXIV.). (*y*)

Du Royaume. §. DCCCCXCIV. On appelle *Royaume* ou *Royauté* cette forme de gouvernement, dans laquelle l'empire soit plein, absolu, & souverain, soit limité ou restreint, de quelque façon que ce soit, appartient à un seul, le souverain pouvoir restant toujours à la société civile. La personne qui possede l'empire dans le Royaume, s'appelle le *Roi*. *Le Royaume est* donc *ou une monarchie, ou une forme mixte de gouvernement* (§. DCCCCXCI. DCCCCXCIII.). Cependant *tout Roi représente le peuple dans les affaires avec les autres nations, à moins que, par des loix fondamentales connues aux autres nations, on n'en ait ordonné autrement, par rapport à certaines choses.* (*z*)

De l'empire polyarchique, ou condomination. §. DCCCCXCV. On appelle *empire polyarchique*, ou *condomination*, la forme de gouvernement, dans laquelle deux ou trois possedent l'empire en commun, par indivis dans un même royaume, comme si deux ou trois freres commandent ensemble. On appelle Co-seigneurs ou Co-Rois ces deux ou plusieurs personnes, dans lesquelles la puissance & dignité royale reside toute entiere, comme dans un seul individu. (*a*)

Souverain & sujets, quels ils sont. §. DCCCCXCVI. On appelle le *souverain* dans une société civile, celui qui a droit sur les actions de chacun, & ceux-ci s'appellent *les sujets*. Donc *dans la démocratie le peuple entier est le souverain* (§. DCCCCXC.), *dans le Royaume ou la Monarchie c'est le Roi, ou le Monarque* (§. DCCCCXCI. DCCCCXCIV.), *dans l'aristocratie ce sont les Grands conjointement* (§. DCCCCXCII.); *mais chacun en particulier est sujet dans la démocratie, la monarchie & l'aristocratie, & dans celle-ci chacun des Grands est sujet.* Mais *dans la condomination chacun des Co-seigneurs est souverain, & l'un d'eux n'est pas sujet de l'autre* (§. DCCCCXCV.).

Du Royaume hérile. §. DCCCCXCVII. On appelle *Royaume hérile* celui, dans lequel le Roi a le même droit sur les sujets, & sur les choses des sujets, que le maitre a sur son esclave

§. DCCCCXCIII. (*y*) Il est peu d'empires qui ne tiennent plus ou moins de la forme mixte.

§. DCCCCXCIV. (*z*) Quoique vulgairement on ne fasse aucune distinction entre Monarchie & Royaume, Monarque & Roi, & que dans le discours familier ces deux mots soient parfaitement synonimes, cependant comme le pouvoir souverain, peut être conferé à un seul avec plus ou moins d'étendue, il est très utile d'employer différents mots pour marquer ces deux différents états. Le Roi (dit notre Auteur) représente le peuple dans toutes les affaires qu'il fait avec d'autres Nations: Il est aisé de sentir qu'il ne faut prendre ceci, que relativement à celles qu'il fait comme Roi: & c'est aussi dans ce sens qu'un Monarque représente le peuple.

§. DCCCCXCV. (*a*) L'Histoire de l'Empire Romain nous fournit, entr'autres, des exemples d'une puissance souveraine, divisée ainsi qu'il est dit dans ce paragraphe. Voyez GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* I. *Ch.* III. §. 17. PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* VII. *Ch.* V. §. 15. & sur-tout COCCEJI *Grot. illustr.* dans ses notes sur l'endroit de *Grotius* que je viens de citer, & dans ses VII. & XII. *Dissert. proœm.*

(*) Il semble qu'on auroit dû ajouter ici, que, s'il n'est pas injuste qu'un peuple, actuellement existant, consente à un Royaume hérile, ou se mette dans l'esclavage d'un Roi, il ne lui est pas permis du moins d'y soumettre sa postérité, qui se trouveroit ainsi esclave sans son consentement, & contre les droits de l'humanité. R. d. T.

§. DCCCCXCVII. (*b*) Si l'on prend la peine de

clave, ou dans lequel le Roi outre la puiſſance civile, a encore la puiſſance ſeigneuriale. Par conſéquent *dans le Royaume hérile le Roi diſpoſe à ſon gré du travail & des choſes de ſes ſujets, & il dirige les actions publiques à ſon utilité principalement, l'utilité de ſes ſujets n'étant que ſa ſeconde vue*; ce qui étant contraire à la *convention, par laquelle les ſociétés civiles ont été établies* (§. DCCCCLXXII.), il s'enſuit, que *le royaume hérile n'en tire point ſon origine, & n'eſt point derivé du but de la ſociété civile.* Comme cependant *le peuple* peut déferer l'empire à un autre comme il lui plait (§. DCCCCLXXXII.), *s'il veut déférer l'empire hérile à un Roi, il faut le lui permettre* (§. DCCCCLXXVII. LXXVIII.). Et puiſque *dans le Royaume hérile tous les ſujets ſubiſſent une ſervitude perſonnelle*, & qu'une ſervitude perſonnelle n'eſt pas illicite en ſoi (§. DCCCCXLVIII.), *le Royaume hérile n'eſt pas* non plus *illicite en ſoi, & ſi le peuple y conſent, il n'eſt pas injuſte* (§. LXXXIII.). (*) Mais comme le maitre doit aimer ſon eſclave, & lui rendre tous les autres devoirs d'humanité, que l'homme doit à l'homme (§. DCCCCLII.), *le Roi ou celui qui commande dans un royaume hérile, doit aimer ſes ſujets, & leur rendre tous les autres devoirs d'humanité*; par conſéquent, *il ne doit rien faire contre ces devoirs dans l'exercice de l'empire hérile.* Il eſt évident, qu'*il peut y avoir auſſi une ariſtocratie hérile*, touchant laquelle il faut obſerver les mêmes choſes que touchant le Royaume hérile. (*b*)

§. DCCCCXCVIII. La *Majeſté* eſt la dignité de celui à qui appartient le ſouverain empire non diviſé. Il n'importe que ſon exercice ſoit reſtreint par certaines loix fondamentales, puiſque les actes qui y ſont conformes, ne peuvent être annullés par aucun homme. De-là on appelle *droits de majeſté*, ceux qui appartiennent à l'empire ſouverain, & à ſon exercice. Il paroit au reſte, que *dans la démocratie la majeſté eſt l'attribut du peuple entier* (§. DCCCCXC.), *dans l'ariſtocratie, celui du collége des Grands* (§. DCCCCXCII.); *& dans la monarchie & le royaume, celui du Roi* (§. DCCCCXCI. DCCCCXCIV.). (*c*) *De la majeſté & des droits de majeſté.*

§. DCCCCXCIX. On appelle *Sénat* ou *Conſeil* une aſſemblée de certaines perſonnes, à qui l'on confie le gouvernement public, touchant les choſes qui doivent s'adminiſtrer journellement, ou qui ne ſouffrent point de retard, & l'exécution de ce qui a été décerné par le ſouverain, & auxquelles le ſouverain s'addreſſe, pour avoir leur avis ſur les affaires publiques. Ainſi *dans la démocratie il faut* *Du Sénat.*

de ſe rappeller ce qui a été dit de la maniere d'acquérir des choſes en propre, & des droits ſur lesquels le domaine des choſes eſt fondé, on doutera que l'on puiſſe mettre le Royaume, dont il eſt parlé dans ce paragraphe, au nombre des choſes qui ſoient moralement poſſibles: comment concevoir qu'un homme puiſſe poſſéder une multitude de villes & de villages, dont la poſſeſſion ait pour premier but l'avantage particulier du Roi, ou de ſa famille: dans toute conceſſion, j'en ai fait la remarque ailleurs, il ne faut pas uniquement conſidérer ce que d'un côté, celui qui donne *peut* (moralement parlant) donner; mais il faut réflechir en même temps à ce que celui qui reçoit *peut* (moralement parlant) recevoir: or ſi l'on fait attention aux principes qui nous donnent droit de nous approprier des choſes même celles qui nous ſont offertes, on ſe convaincra, je penſe, que, poſé le cas qu'un peuple voulût ſe donner en eſclavage, celui qui l'accepteroit ne pourroit (moralement parlant) l'accepter, que dans la vue de rendre l'état de ce peuple plus parfait & plus heureux: d'où il paroit, que quelque illimité que l'on puiſſe ſuppoſer le droit de ſouveraineté, & de quelque maniere que l'on conçoive l'origine des Sociétés civiles, le pouvoir ſouverain ne peut jamais paſſer au-delà de celui qu'un pere de famille a ſur les membres qui compoſent ſa maiſon.

§ DCCCCXCVIII. (*c*) Voyez PUFENDORF *de Off. hom. & civ. L.* II. *C.* VII. *Droit de la Nature & des Gens, L.* VII. *Ch.* IV. §. 2. & ſes Commentateurs ſur ces endroits.

faut nécessairement établir un sénat, puisque le peuple ne peut pas s'assembler tous les jours (§. DCCCCXC.), & *il faut lui donner d'autant plus d'autorité & de pouvoir, que le peuple peut s'assembler plus rarement, ou plus difficilement.*

Des comices. §. M. Une assemblée tenue pour les affaires publiques, s'appelle *comices*, *diette*, ou *états*. C'est pourquoi *dans la démocratie le peuple entier ne peut faire par lui-même que dans des comices* (§. DCCCCXC.), *les affaires publiques dont le soin n'a pas été remis au sénat* (§. DCCCCXCIX.); & comme il peut ordonner à son gré des choses, qui regardent l'exercice de l'empire (§. DCCCCLXXVIII.), *il dépend uniquement de sa volonté d'avoir des comices constamment dans certains temps reglés, ou de les avoir seulement dans les cas qui surviennent, où il faut regler ce qu'il y a à faire pour le présent.* Il paroit (§. DCCCCXCIX.), que *le droit de convoquer les comices doit appartenir au sénat*; & comme l'état présent des affaires doit lui être connu mieux qu'à personne, *on doit lui confier* aussi *le droit de proposer, ou du moins de suggérer dans les comices, ce dont on doit délibérer:* cependant, puisque dans la démocratie tous ont naturellement un droit égal (§. LXX. DCCCCLXXII.), *chacun peut proposer pour qu'on en délibere ce qui lui paroit propre à avancer le bien public.* Et puisque le salut de la société se conserve par la concorde (§. DCCCXLVII.), *il faut*, pour éviter la discorde, *faire des loix sur la tenue des comices* (§. DCCCCLXXVIII.); il faut regler, par exemple, qui sont ceux qui auront le *droit des comices*, c'est-à-dire, d'y donner leur suffrage, comment le peuple doit être distribué en certains ordres, en quelles assemblées moins nombreuses on doit le partager, pour élire certaines personnes qu'on enverra aux comices en leur nom, ou des *députés*, qui est celui qui fera la fonction de Directeur ou de Président dans les comices, & ainsi du reste. Enfin comme *dans un gouvernement mixte* on peut conserver ce qui est nécessaire dans un état populaire (§. DCCCCXCIII.), *il peut y avoir* aussi *des comices* dans un tel gouvernement.

De la forme de l'aristocratie. §. MI. Puisqu'en vertu de la liberté qui appartient au peuple (§. DCCCCLXXVII.), il peut choisir la forme de gouvernement qu'il lui plait (§. LXXVIII.), *dans l'aristocratie il dépend uniquement de la volonté du peuple de déterminer quel sera le nombre des Grands; s'ils seront pris de tous les ordres du peuple, ou seulement de sa portion la plus distinguée; si leur gouvernement sera annuel, ou à temps, ou perpétuel; s'il faudra leur élire des successeurs, ou établir une certaine loi pour la succession; si le droit des Grands sera attaché à certaines familles, ou à la possession de certains fonds, ou à quelque autre condition personnelle.* Ainsi l'*Aristocratie* est, ou *annuelle* ou à *temps*, ou *perpétuelle* ou *élective*, ou *successive*, ou plus *étendue*, lorsqu'il y a beaucoup de Grands, quoiqu'ils fassent la moindre portion du peuple, ou plus *resserrée*, lorsque le nombre des Grands n'est pas plus grand, qu'il ne le faut pour qu'ils puissent s'assembler tous les jours, ou être convoqués sans délai.

Du droit du Monarque, & du Royaume non-successif. §. MII. Puisque le monarque a un empire plein, absolu & souverain (§. DCCCCXCI.), *il*

§. MV. (*c*) Ce qui est affirmé dans ce paragraphe n'est pas exact. Des familles isolées s'unissent en corps d'Etat, & conviennent de conférer la puissance souveraine, soit à quelqu'un des membres de leur société, soit à quelqu'autre, sous la condition, qu'après sa mort on en choisira un autre, & qu'ainsi de suite la puissance souveraine sera conferée par élection. Ceci supposé, s'ensuivra-t-il qu'à la mort du premier chef ou d'un de ses successeurs, il dépendra du peuple de se former en Republique, ou de se choisir un nouveau chef? Je ne le vois pas; & notre Auteur ne le prouve pas non plus. A la vérité le peuple le pourroit si tous les membres y étoient disposés & y

il peut regler à son gré toutes les affaires publiques (§. DCCCCLXXXIII.), *& il faut s'en tenir à son jugement* (§. DCCCCLXXXI.); & puisque le droit du monarque ne dépend pas du temps, & qu'on peut avoir à temps un empire plein, absolu & souverain, *le Prince peut être un monarque à temps:* & comme on appelle *Royaume æsymnetique*, celui où l'empire est transféré à quelqu'un pour un certain temps seulement, il *peut être une monarchie*, *sans l'être cependant nécessairement.* Au reste *le monarque n'a point un empire hérile*, puisque celui-ci differe de celui qui appartient originairement au peuple (§. DCCCCXCVII.), & qui a été transféré au monarque (§. DCCCCXCI.).

§. MIII. On appelle *Royaume Lacédémonien*, celui dans lequel l'exercice de l'empire est à la vérité remis à un seul, mais qui est obligé de l'exercer suivant la volonté du peuple ou des Grands. Donc *dans le Royaume Lacédémonien le Roi a plutôt le pouvoir de conseiller que celui d'ordonner*, & puisque l'empire qui appartient à un Roi peut être limité ou diminué en différentes manieres (§. DCCCCLXXXI. DCCCCLXXXIII.), *il y a plusieurs especes de Royaumes entre la Monarchie, & le Royaume Lacédémonien.* Il paroit aussi, que *dans le Royaume Lacédémonien le Roi ressemble à un sénat* (§. DCCCCXCIX.). *Du Royaume Lacédémonien.*

§. MIV. On appelle *Royaume légitime* celui, dans lequel le Roi est obligé d'exercer l'empire suivant des loix fondamentales ou perpétuelles, ou qu'on lui a prescrites en particulier en lui déférant l'empire, ou suivant une capitulation. Donc *les royaumes légitimes sont des gouvernements mixtes* (§. DCCCCXCIII.), *& des especes de gouvernement, entre la Monarchie & le Royaume Lacédémonien.* Il paroit encore, que *dans les royaumes légitimes le droit du Roi doit se mesurer par les loix fondamentales* (§. DCCCCLXXXIV.). *Du Royaume légitime.*

§. MV. Le *royaume* est appellé *électif* lorsque le peuple élit le successeur du Roi, quand le Roi vient à manquer, ou lorsqu'il a transféré à d'autres le droit de l'élire. Il est évident, que *l'empire retourne au peuple par la mort du Roi*; par conséquent *il dépend de sa volonté d'élire un nouveau Roi, ou d'introduire une autre forme de gouvernement.* Et comme on appelle *interregne* l'état du gouvernement, dans lequel le trône est vacant, *le peuple peut dans l'interregne administrer l'empire, ou par lui-même, ou par un autre, ou par quelques autres*, par conséquent *il peut établir des Vice-Rois, dont le droit doit se mesurer par les loix fondamentales du Royaume* (§. DCCCCLXXXIV.), *& commence*; par conséquent, *au moment où le droit du Roi finit.* (*c*) *Du Royaume électif, & de l'interregne.*

§. MVI. Comme le droit de transférer l'empire appartient originairement au peuple (§. DCCCCLXXXII.), *le peuple entier peut se reserver le droit d'élire le Roi, ou il peut transférer ce droit simplement à certaines autres personnes, ou enfin faire de certaines loix pour l'élection* (§. DCCCCLXXXIV.), en déterminant, par exemple, l'éligibilité de la personne, le temps & la maniere de l'élection. On appelle *élection légitime*, celle qui est faite suivant les loix de l'élection; *illégitime*, celle qui est *De l'élection du Roi.*

y consentoient; mais il ne le pourroit point à la pluralité des voix, attendu que les conditions, sous lesquelles on s'unit, ne peuvent plus ensuite faire l'objet d'une disposition à prendre à la pluralité des voix. Ainsi l'opinion de ceux qui en 1651. ont soutenu, que la Province de Hollande n'étoit pas authorisée à mortifier chez elle le Stadhouderat, bien loin d'être absurde pourroit même être justifiée pat cette seule considération, prise relativement, soit aux membres de la Province de Hollande, soit aux six autres Provinces de la Republique.

eſt contraire à quelqu'une de ces loix. Puis donc qu'il faut meſurer le droit des électeurs par les loix fondamentales, *le peuple n'eſt pas obligé de reconnoitre un Roi élu illégitimement.*

Du droit & de l'obligation du Roi élu. §. MVII. Puisque le ſalut public eſt la loi ſuprême (§. DCCCCLXXVI.), *le Roi élu doit promettre d'adminiſtrer l'empire d'une façon conforme au ſalut public;* & puisque le peuple veut qu'on l'adminiſtre ſuivant les loix fondamentales (§. DCCCCLXXXIV.), *ſi l'on préſente au Roi certaines loix, il doit promettre de les obſerver.* Puisqu'il y a une convention entre le Roi élu & le peuple, par laquelle le premier s'engage à exercer l'empire, & celui-ci lui transfere le droit de l'exercer (§. CCCCXXXVIII.), *le Roi ne peut point abdiquer l'empire ſans le conſentement du peuple, & il ne peut être dépoſé par le peuple* (§. C.), & puisqu'une convention, à laquelle on a ajouté une loi commiſſoire, eſt diſſoute dès que la condition reſolutive, qui y eſt attachée vient à exiſter (§. DCIX.), *ſi l'on défere l'empire à un Roi ſous une loi commiſſoire, enſorte qu'il doive être déchu de la Royauté, s'il fait ou ne fait pas telle choſe, il perd le Royaume s'il fait ou ne fait pas cette choſe.* (*d*)

Du Royaume ſucceſſif. §. MVIII. On appelle *Royaume ſucceſſif* celui où le Roi venant à manquer, quelqu'un lui ſuccede ſelon certaines loix. La *loi de la ſucceſſion*, par laquelle on déſigne les perſonnes capables de regner, & la maniere de ſuccéder, *doit ſe faire, en déférant l'empire au premier Roi, par le conſentement du peuple, ou de ceux qui ont le droit du peuple* (§. DCCCCLXXXIV.). *Si l'on a omis quelques choſes qui regardent cette ſucceſſion*, comme le peuple les a ſuppoſées connues par elles-mêmes, *on ſuit dans la ſucceſſion les uſages des nations voiſines*, que le peuple eſt cenſé avoir approuvées tacitement. Et comme les Royaumes ſucceſſifs ont été établis, afin que la ſucceſſion fut aſſurée, pour éviter les troubles qui naiſſent aiſément dans une élection, *dans un cas douteux on préſume que le peuple a voulu, par rapport à la ſucceſſion, ce qui la rend aſſurée.* (*e*)

De la ſucceſſion dans un royaume patrimonial. §. MIX. Puisque *dans un royaume patrimonial le Roi préſent* peut diſpoſer de la ſubſtance même de l'empire (§. DCCCCLXXXVI.), *il peut élire pour ſon ſucceſſeur qui il lui plait, parent ou non, ou même un étranger*, il peut même *deshériter ſon fils*, en empéchant qu'il ne lui ſuccede. Et comme le *royaume patrimonial* eſt ou *parfaitement tel*, ſi tout l'empire appartient au Roi en propriété, ou *imparfaitement tel*, ſi le Roi n'a que le droit de transférer l'empire à qui il lui plait, *dans un royaume patrimonial parfaitement tel, le Roi peut diviſer l'empire, non-ſeulement en parties potentielles* (§. DCCCCLXXXIII.), *mais auſſi en parties ſubjectives.* (*f*)

De la diviſion de l'empire en parties ſubjectives. §. MX. On appelle *parties ſubjectives de l'empire*, l'empire ſur les perſonnes qui ha-

§. MVII. (*d*) Voyez PUFENDORF *de Off. hom. & civ. L.* II. *C.* XI. *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* VII. *Ch.* IX. §. 3. & ſes Commentateurs.

§. MVIII. (*e*) Voyez PUFENDORF *de Off. hom. & civ. L.* II.. *C.* X.. §. 3. *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* VII. *Ch.* VII. §. 6. GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* VII. §. 12. & *ſuiv. L.* III. *Ch.* VIII. VATTEL *Droit des Gens*, *L.* I. *Ch.* V.

§. MIX. (*f*) Voyez PUFENDORF *de Off. hom. & civ. L.* II. *C.* X. §. 6. *Droit de la Nat. & des Gens*, *L.* VII. *Ch.* VII. §. II. GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, l. c. VATTEL *Droit des Gens*, l. c.

§. MX. (*g*) Les ceſſions que les Puiſſances ſe font mutuellement de certaines terres, villes ou provinces péchent ſouvent contre la regle propoſée dans ce paragraphe: le Roi de France ayant nommé des Commiſſaires pour mettre *Mathieu de Foix* en poſſeſſion des villes, qui lui revenoient en conſéquence d'un accord fait, les Nobles & Conſuls (dit Mr. VILLARET *Hiſt. de France*. *T.* XV. *p.* 403.) appuyerent leurs motifs d'oppoſition *ſur ce qu'ils étoient ſujets au Roi ſans moyens; que com-*

habitent une certaine partie du territoire; & l'on appelle *territoire* le lieu, sur lequel quelqu'un a l'empire civil; de-là on appelle *territoire de l'état*, ou de la société civile, le pays que le peuple habite, & dont il a originairement l'empire. Comme la défense de ce qui nous appartient contre une force étrangere entre dans le but de la société civile (§. DCCCCLXXII.), *l'empire n'est point en soi divisible en parties subjectives*, par conséquent *le peuple n'est pas censé avoir transféré l'empire à un autre, que sous la condition qu'il ne le divisera pas en parties subjectives.* (*g*)

§. MXI. La *maniere de succéder* est *héréditaire*, si l'on succede au royaume de la même maniere, dont on a accoutumé de succéder à une hérédité ab intestat, selon l'usage observé dans le temps où l'empire a été déféré au premier Roi, chez le peuple qui l'a déféré (§. DCCCX.). Comme un seul doit succéder dans un Royaume (§. DCCCCXCIV.), *si le Roi défunt laisse plusieurs héritiers*, lorsqu'il n'y a point de raison intrinseque d'élection, *l'ainé est préféré au cadet*, comme ayant acquis le premier par sa naissance le droit de succéder (§. DCCCXXVIII.). Et *si par une volonté expresse du peuple les femmes ne sont pas admises, ou si elles ne sont admises qu'au défaut de mâles, on passe les femmes dans le premier cas, dans le second la fille du dernier Roi, ou sa plus proche parente succéde* (§. MVIII.). Il paroit encore, que *si le droit de représentation a lieu, par rapport à la succession aux biens, elle a lieu aussi par rapport à la succession aux Royaumes.* (*h*) *De la maniere de succéder héréditaire.*

§. MXII. Les *actes royaux du Roi* sont ceux qui regardent l'exercice de l'empire, ses actes *privés* sont ceux qui ne regardent pas cet exercice. Donc *le Roi, par rapport à ses actes privés, doit être considéré comme une personne privée*, par conséquent *il n'a à cet égard que le droit des particuliers.* Pareillement on appelle *biens royaux du Roi*, ou *biens publics* ceux, dont l'usage est destiné à l'administration de l'empire, ou à la splendeur royale; & les *biens privés du Roi*, ou ses *biens propres*, sont ceux qui sont destinés à ses usages privés, ou qu'il acquiert de quelque façon que ce soit. Donc *les biens privés du Roi ne peuvent être confondus dans une seule masse avec les biens royaux*, par conséquent *les biens royaux n'appartiennent point à son hérédité* (§. DCCCCXVI.). C'est pourquoi quand même la maniere de succéder au royaume seroit héréditaire (§. MXI.), *celui qui succede au royaume ne succede pas pour cela aux biens privés du Roi, il peut succéder au royaume en répudiant l'hérédité, & il n'est point obligé de payer les dettes privées de son prédécesseur.* *Des actes & des biens du Roi, royaux & privés.*

§. MXIII. La *succession linéale* ou en ligne directe, est celle dans laquelle le royaume passe successivement de l'un à l'autre dans la ligne directe, sans qu'on pren- *De la succession linéale.*

comme les sujets ne pouvoient rien faire contre le gré de leur Seigneur, aussi ne devoit le Seigneur faire chose à leur préjudice, ni les mettre hors de sa main sans leur consentement. Peu de temps après, le Procureur-Général, à l'occasion de quelques demandes formées par le Seigneur d'Albret, soutint, *que le Souverain ne pouvoit démembrer son domaine, que l'aliénation en étoit nulle; qu'il étoit tenu de la révoquer, s'il en faisoit; & qu'ainsi les Rois le juroient à leur sacre.* Cependant la regle, dont nous parlons, n'est pas générale; & elle dépend entierement de la maniere, dont le Souverain est parvenu à la Souveraineté: en 1674. il fut mis en déliberation par quelques Provinces de la République des *Provinces-Unies*, si on réadmettroit à l'*Union* celles qui avoient été subjuguées par la France, & que les François avoient abandonnées. Le Prince d'Orange fit sentir l'injustice qu'il y auroit de les en exclure. Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *L.* I. *Ch.* V. §. 9.

§. MXI. (*h*) Voyez PUFENDORF *de Off. hom. & civ. L.* II. *C.* X. §. 12. *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* VII. *Ch.* VII. §. 12. GROTIUS, *L.* II. *Ch.* VII. §. 14. *& suiv.* VATTEL *Droit des Gens*, l. c.

prenne un autre plus proche, à moins que la ligne directe ne soit éteinte. Ainsi *dans la succession linéale les morts sont censés vivants, & le royaume passe par eux à celui qui est en vie, dans la même ligne, allant toujours de celui qui engendre à celui qui est engendré; & quand on passe à une autre ligne, on passe de la derniere personne dans la ligne regnante, à la premiere personne de la ligne plus proche.* On appelle *succession linéale agnatique*, celle où les femmes sont exclues à perpétuité de la succession; & *cognatique*, celle où elles sont admises indifféremment avec les mâles, ou dans laquelle au défaut de mâles la plus proche parente du Roi succede. Il paroit au reste comme ci-dessus (§. MXI.), que *l'ainé est préféré au cadet.* Au reste comme les royaumes successifs ont été introduits, afin que le successeur fut assuré (§. MVIII.), *si au défaut de la succession agnatique, on substitue la succession linéale cognatique, le royaume passe à la fille du dernier Roi, & à ses enfants mâles, ou à la plus proche parente & à ses enfants mâles.* (*i*)

Des autres manieres de succéder. §. MXIV. Puisque la maniere de succéder, dépend de la libre volonté du peuple qui défere l'empire (§. DCCCCLXXXII.), *il y a autant de manieres possibles de succéder qu'on en peut concevoir, & l'on doit suivre la maniere que le peuple a choisie au temps où le royaume a été fondé.* Il n'est pas nécessaire de s'étendre plus au long là-dessus.

D'où vient le droit de succession dans un Royaume successif. §. MXV. Puisque dans le royaume successif tel ou tel succede, parce que le peuple a voulu qu'il succédât à telle condition, *le successeur ne tient pas son droit de celui à qui il succede, mais de la volonté du peuple, ou du premier acquérant; c'est un droit acquis par la prévoyance des ancêtres* (§. DCCCXXXI.), *& ce que nous avons dit ailleurs* (§. DCCCXXX.), *sur la rénonciation ou la répudiation d'un droit transmis par vous à d'autres, a lieu aussi par rapport à ce droit de succession.* (*k*)

Du droit de décider les différents au sujet de la succession. §. MXVI. Puisque le droit de succéder au royaume s'acquiert indépendamment de la volonté du Roi présent (§. MXV.), & que le peuple aprés avoir déféré l'empire au Roi avec une certaine loi de succession, ne peut pas y changer quelque chose comme il lui plait malgré ceux qui y ont acquis par-là quelque droit (§. C.), *les différents sur le droit de succéder dans son rang ne peuvent être décidés, ni par le Roi présent ni par le peuple.* Comme cependant *le peuple* peut au commencement déférer l'empire aux conditions qu'il lui plait (§. DCCCCLXXXII.), il *peut déférer au premier Roi le droit de décider les différents sur le droit de la succession, ou il peut se le réserver.* (*l*)

§. MXIII. (*i*) Voyez PUFENDORF *de Off. hom. & civ. L.* II. *C.* X. §. 10. *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* VII. *Ch.* VII. §. 13. GROTIUS, *L.* II. *Ch.* VII. §. 22. 23.

§ MXV. (*k*) Voyez PUFENDORF *de Off. hom. & civ. L.* II. *C.* X. §. 9. *in fin.*

§. MXVI. (*l*) Voyez PUFENDORF *de Off. hom. & civ. L.* II. *C.* X. §. 12. *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* VII. *Ch.* VII. §. 15. VATTEL *Droit des Gens*, *L.* I. *Ch.* V. §. 66.



CHA-

CHAPITRE III.

De la Constitution du gouvernement, ou de l'état. (†)

§. MXVII. *La Constitution du gouvernement* ou *de l'état*, c'est la détermination de la maniere dont on doit parvenir au but de la société civile. C'est pourquoi pour qu'on puisse connoitre les droits renfermés dans l'empire civil, les devoirs tant de ceux qui commandent, que de ceux qui obéissent, & les droits de chacun, il faut traiter ici de la constitution de l'état (§. DCCCCLXXVIII.). *Constitution de l'état, ce que c'est.*

§. MXVIII. Puisqu'on doit parvenir au but de la société civile, par la réunion des forces des *citoyens* (§. DCCCCLXXII.), *il faut que leur nombre soit suffisant pour avan-* *Du nombre des citoyens.*

(†) CHAP. III. Après avoir traité de l'origine des Sociétés civiles & des différentes manieres, dont elles peuvent être formées, notre Auteur expose dans ce Chapitre-ci quelle doit être leur constitution, pour répondre au but auquel elles doivent tendre. Afin de bien saisir sa théorie il faut se rappeller, qu'il pose en fait, que toute société civile doit s'être formée, & l'a été véritablement dans la vue de se procurer tout ce qui est nécessaire à la vie, *sufficientia vitæ*, ainsi qu'il s'exprime §. DCCCCLXXII. C'est de ce but, dont il déduit, comme d'un principe universel, tout ce qui doit avoir lieu dans la constitution d'un Etat. Ainsi soit que l'on considere, qu'il ait voulu simplement indiquer le but que les hommes doivent se proposer en s'unissant en société civile, soit qu'on admette qu'elles ne peuvent s'en proposer, que celui qu'il nomme *sufficientia vitæ*, soit enfin qu'on adopte, que les sociétés civiles se sont réellement formées afin de remplir ce but, on ne trouvera aucune difficulté dans les conséquences qu'il en déduit: mais à bien considérer la doctrine de notre Auteur, elle paroit être plutôt une réponse à cette question-ci: *Qu'est-ce que les hommes doivent faire pour se procurer tout ce qui est nécessaire à la vie?* qu'un exposé, qui nous feroit connoitre la nature & l'essence des sociétés civiles, telles qu'elles sont. En effet, sa théorie renferme la réponse suivante: il faut qu'ils contractent une société civile. Ceci posé, il s'ensuit que, puisque la société civile aura été contractée dans la vue de se procurer tout ce qui est nécessaire à la vie, tout devra y tendre & concourir à ce but: & il en resultera encore, qu'il faudra prendre ce but comme le principe universel de tout ce qui doit avoir lieu dans la constitution d'un Etat: c'est aussi là la façon dont notre Auteur a envisagé & traité cette matiere, & c'est à-peu-près de la même maniere, qu'il faut prendre ce que nous lisons dans PUFENDORF & dans tous les Auteurs, qui nous ont voulu donner une idée de la nature & de l'essence du gouvernement civil. Leurs théories peuvent être très utiles, si l'on se garde d'en faire une application inconsiderée aux corps d'état qui subsistent en effet: car on se tromperoit beaucoup, si l'on faisoit, par exemple, ce raisonnement-ci. Le but d'une société civile est de se procurer tout ce qui est nécessaire à la vie; ainsi dans toute société civile le Souverain peut disposer de toutes les actions des citoyens, suivant qu'il le juge pour le bien de la société. Ce raisonnement ne conviendroit guères qu'à un corps d'état qu'un Conquérant auroit réduit sous son empire: ou à un Etat dans lequel on auroit déféré au Souverain une libre & entiere disposition de tout ce qu'il jugeroit que le bien de l'état pourroit exiger. Au reste l'Histoire de tous les peuples du monde ne fournit point d'exemple d'une société civile, formée dans la vue générale que notre Auteur indique: du moins les révolutions arrivées en Europe, & même celles des anciens peuples, sont bien éloignées de nous en donner cette idée: & il importe d'y faire attention, parce que l'homme est naturellement porté à étendre l'empire, dont il se trouve revêtu. Un Souverain, quelqu'il soit, se laisse facilement entrainer par l'idée, que c'est à lui seul à juger de tout ce que le bien-public exige; qu'ayant droit de suivre son jugement & de disposer des citoyens en conséquence, il n'est pas d'objets dans l'Etat, dont il ne puisse disposer. C'est à cette erreur qu'il faut attribuer les coups d'autorité, qu'on voit souvent exercer dans les Etats: & il est bien difficile d'éviter cette erreur, dès qu'on juge de l'autorité publique sur les principes, dont nous venons de parler.

avancer le bien commun de la société, & pour la défendre contre les attaques des ennemis; & il faut que les citoyens eux-mêmes soient tels, qu'ils soient propres à tel ou tel but particulier, par conséquent *leur nombre ne doit être, soit en général, soit en particulier dans chaque genre de vie, ni si grand ni si petit qu'ils manquent d'une quantité suffisante des choses requises pour les nécessités, la commodité, & l'agrément de la vie.* (*m*)

De la sortie des citoyens. §. MXIX. Il suit de-là, qu'*il est permis de sortir de la société civile à ceux, dont l'état peut se passer pour sa défense, & pour l'avancement du bien public;* mais comme c'est au souverain à en juger (§. DCCCCXCVI.), *il n'est pas permis de se retirer de la société civile, sans le consentement exprès ou tacite du souverain.* C'est pourquoi puisqu'il importe à l'état, *que les riches, ou ceux qui peuvent rendre de grands service à l'état dans quelque genre de vie, ou ceux dont l'état a besoin pour sa défense ne se retirent pas, le souverain n'est point obligé de le leur permettre.* Par la même raison *il n'est point permis de se retirer en troupe, à moins qu'il n'y ait une telle disette, qu'on ne puisse pourvoir aux dernieres nécessités de la vie de ceux qui se retirent* (§. CCCCXLII.). *Celui qui se retire de la société civile*, cessant d'être citoyen, *devient étranger* (§. DCCCCLXXIV.), *& la société n'a plus de droit sur lui* (§. DCCCCLXXV.). (*n*)

De l'admission des étrangers. §. MXX. Il suit encore de là, qu'*il dépend de la volonté du souverain de recevoir un étranger, & de le faire aux conditions qu'il lui plait, de l'égaler aux citoyens, ou de ne pas lui conférer tous leurs droits, ou de permettre seulement qu'il habite dans le pays, & qu'il y fasse ses affaires, ou de le recevoir comme habitant.* On appelle *indigénes*, ou *naturels du pays*, ou *originaires*, ceux qui sont nés de citoyens dans le pays qu'ils habitent, & *venus de dehors* *, ceux qui sont venus d'ailleurs dans le pays qu'ils habitent, ou qui sont nés de parents venus du dehors. On appelle *droit de bourgeoisie* ou *indigenât*, le droit dont les citoyens jouissent. Il y a aussi des gens *venus de dehors pour un temps*, qui viennent d'ailleurs, non pour demeurer toujours parmi nous, mais pour y passer seulement quelque temps; comme ils *ne doivent être comptés ni parmi les citoyens, ni parmi les habitants* (§. DCCCCLXXIV.); *ceux qui naissent d'eux parmi nous ne sont ni nos concitoyens, ni habitants.* Il faut remarquer en effet, que le droit d'indigenat & d'habitation est transmissible (§. DCCCXXI.), puisque la société ne pourroit se conserver autrement.

* advenæ.

De ce qui est requis pour avoir ce qui suffit à la vie. §. MXXI. Pour avoir ce qui suffit à la vie, il faut *que les choses d'industrie, & les choses artificielles soient multipliées autant qu'il est possible, qu'on ne permette pas que* ceux.

§. MXVIII. (*m*) On peut faire ici les mêmes remarques qui ont été faites sur PUFENDORF *de Off. hom. & civ. Lib.* II. *C.* VI. §. 2. *Droit de la Nature & des Gens, Liv.* VII. *Ch.* II. §. 2.

§. MXIX. (*n*) Je préférerois le sentiment de CICERON, qui, plaidant la cause de *Balbe*, s'écrie avec enthousiasme : *O jura præclara atque divinitus jam inde a principiis romani nominis a majoribus nostris comparata. . . . . Ne quis invitus civitate mutetur neve in civitate maneat invitus! Hæc sunt enim fundamenta firmissima nostræ libertatis, sui quemque juris retinendi & dimittendi esse dominum.* Voyez PUFENDORF *de Off. hom. & civ. L.* II. *C.* XVIII. §. 15. *Droit de la Nature & des Gens, Liv.* VIII *Ch.* XI.

§. MXXI. (*o*) Nous pouvons faire ici une application des réflexions que j'ai faites à la tête de ce Chapitre. Les Societés civiles dépendent si fort du terroir, du climat, du génie du peuple & de mille autres circonstances, que ce qui est très utile à l'une est très préjudiciable à l'autre. Le luxe est quelquefois un bien au lieu d'être un mal. Mettez un frein trop sensible à la liberté dans un pays de commerce, vous détruisez la source des richesses & de la puissance d'un peuple. Qu'on jette les yeux sur les villes d'Espagne,

ceux qui ont des forces pour travailler les perdent par l'oisiveté; que l'ouvrage ne manque pas à ceux qui veulent travailler; que chacun puisse acquerir par ses soins & par son travail de quoi se procurer, sinon les choses utiles & agréables, du moins les choses nécessaires (§. DCCCCLXXII.), par conséquent *il faut fixer les prix des choses & du travail* d'une façon conforme à ce *but*, *& avoir un très grand soin, que les sujets ne tombent pas dans la pauvreté, ou dans la disette, & ne soient pas reduits à la mendicité.* Pour cela *il ne faut pas souffrir que les denrées soient dissipées, & il faut soulager les sujets autant qu'on le peut, pour qu'ils ne souffrent pas de la cherté des vivres.* Et comme on fait un très grand usage du *bois*, „ & des *autres aliments du* „ *feu*," & qu'ils sont d'un usage indispensable, *il faut avoir soin qu'il y en ait une quantité suffisante, & lorsqu'ils deviennent rares, il faut obliger les sujets à les épargner.* Comme le luxe consiste dans une trop grande dépense pour la table, le vêtement, & les autres choses (§. DIX.), & qu'il est clair qu'il dissipe les biens, *le trop grand luxe*, c'est-à-dire, celui par lequel les citoyens sont reduits à la pauvreté, ou à la mendicité, *ne doit pas être permis.* Par la même raison *il ne faut pas permettre les usures excessives* (§. DCXLIX.), *ni les jeux qui aboutissent à la dissipation des biens*, *ni* par conséquent *souffrir les joueurs de profession*, qui font un métier du jeu, & même *il ne faut pas permettre les lotteries* (§. DCLXXIII. DCLXXIV.), *à moins que ce ne soit pour le bien public, qu'on ne puisse avancer autrement* (§. XLVI.). (*o*)

§. MXXII. Pour que la société civile ait ce qui suffit à la vie, *il faut* encore *qu'on pourvoye aux choses, dont les pauvres & les mendians ont besoin pour les nécessités de la vie*, & de peur que les citoyens ne soient trop chargés par les aumônes, *il faut avoir soin de faire observer ce que la loi naturelle prescrit au sujet des aumônes* (§. CCCCLXXXVIII. & *suiv.*). Ainsi il faut établir des *maisons de force* ou *de travail* *, dans lesquelles on force à travailler, ceux qui le pouvant aisément mieux mendier; des *hôpitaux de pauvres* †, où l'on nourrit les pauvres qui ne peuvent acquerir par leur travail, ce dont ils ont besoin pour les nécessités de la vie, & qui n'ont pas des parents ou des amis qui puissent pourvoir à leurs besoins; des *hôpitaux de malades* *, où l'on nourrit les pauvres malades, & où l'on travaille à leur guérison; des *maisons d'orphelins* †, où l'on éleve les pupilles pauvres; des *écoles pieuses*, ou *de pauvres*, où l'on enseigne gratuitement aux enfants de parents pauvres, les choses dont la connoissance leur est nécessaire & utile. (*p*)

De ce qu'il faut faire pour les pauvres & les mendiants.

* ergastula.

† ptochotrophia.

* nosocomia.

† orphanotrophia.

§. MXXIII. Et même puisqu'il faut prendre des précautions, pour que les sujets ne tombent pas dans la pauvreté (§. MXXI.), *le souverain doit avoir soin* aussi,

Du soin du Souverain à l'égard des tutelles.

gne, de la Flandre, & du Brabant, autrefois si opulentes. D'ailleurs vouloir forcer les citoyens à la pratique de la vertu, c'est les inciter au vice. Les fausses idées sur le prêt à intérêt ont occasionné les usures. En général on doit remarquer sur ce qui est enseigné dans ce paragraphe; que tout Souverain, quel qu'il soit, doit, avant de prendre des arrangements sur le bien public, se demander jusques à quel degré il lui est permis de disposer de la liberté des Citoyens. Il est échappé à notre Auteur dans le développement des droits du Souverain une faute, qui lui fait faire plus d'un écart. Voici là base de tous ses raisonnements. Le Souverain a droit de procurer la jouïssance de tout ce qui est nécessaire à la vie; donc il a droit à tous les moyens, qui y tendent. On apperçoit aisément, qu'en vertu de ce raisonnement, il n'est point d'arrangement ni de disposition que le Souverain ne puisse prendre; jusqu'à ordonner même ce que les citoyens mangeront & boiront.

§. MXXII. (*p*) Tout ce qui est enseigné ici, sont des affaires de police, sur lesquelles on peut consulter *les Institutions Politiques* de Mr. BIELFELD.

aussi, *que les pupilles aient des tuteurs, qui aient bien soin de leur éducation, & qui administrent fidelement leurs biens* (§. DCCCXCVIII. & *suiv.* §. DCCCCLXXII.), par conséquent *les tuteurs soit testamentaires, soit légitimes, doivent être examinés & confirmés avant qu'ils se chargent de l'administration*, pour qu'on n'en reçoive point d'inhabiles, & que la tutelle soit administrée comme il faut; & *il faut confier l'inspection de toutes les tutelles à certaines personnes au nom du public.* (*q*)

Du soin du Souverain touchant la félicité des sujets, & touchant la religion.

§. MXXIV. Comme la félicité consiste dans un état de plaisir & de joye durable (§. CXVIII.), que le plaisir consiste dans le sentiment de sa propre perfection, & qu'on l'acquiert & la conserve par l'observation de la loi naturelle (§. XLIII. XLIV.), *la félicité de la société civile exige que les citoyens, qui sont portés à observer la loi naturelle, soient aidés à le faire, que les autres ne les en empêchent pas, & que ceux qui n'y sont pas portés, soient contraints par la force de conformer du moins leurs actes extérieurs à la loi naturelle.* C'est pourquoi *le souverain doit avoir soin, que les sujets remplissent leurs devoirs, tant envers eux-mêmes qu'envers les autres, & envers Dieu* (§. LVII.), & par conséquent *qu'ils soient instruits publiquement, & sans frais onéreux, dans ces devoirs, & dans les choses qu'il leur est nécessaire & utile de savoir dans leur genre de vie.* Il paroit donc, qu'*il faut établir dans l'état des écoles*, où l'on enseigne aux enfants & aux jeunes gens, par autorité publique, les choses qu'ils doivent savoir, & qu'*il faut y placer des maitres & des professeurs, qui sachent bien ce qu'ils doivent enseigner, qui aient le don d'enseigner, qui y donnent tous leurs soins, & qui se rendent recommandables à leurs disciples par leurs bonnes mœurs.* Il faut établir des *académies*, ou *sociétés de sciences*, dans lesquelles des personnes habiles perfectionnent les sciences & les arts, & les enrichissent de nouvelles inventions; *des académies des beaux arts*, où l'on forme des artistes dans l'art qu'ils doivent professer, tels que des architectes, des peintres, des musiciens. De plus pour que les sujets soient instruits sur la nature de Dieu, & touchant sa volonté, sur la vertu & sur le vice, & sur le culte divin, & pour qu'ils soient excités à la vertu, & détournés du vice, *le souverain doit* aussi *avoir soin du culte divin extérieur* (§. CLXXIX.), c'est-à-dire, *de faire bâtir des temples*, où l'on s'assemble pour vaquer au culte divin; de *fixer des jours de fête*, destinés au culte divin; & d'*établir des Docteurs publics* qui président au culte divin, & enseignent les choses qu'on doit enseigner dans les assemblées religieuses. Il est clair au reste, qu'*il ne faut pas souffrir que le culte divin, ou la religion*, qui enseigne la vraie maniere de servir Dieu, *tombe dans le mépris, ni qu'on répande des opinions contraires à la religion & aux bonnes mœurs.* (*r*)

Des choses sacrées.

§. MXXV. On appelle *choses sacrées*, celles qui sont destinées au culte divin public. Ainsi *les temples sont des lieux sacrés; les images placées dans les temples, pour rappeller à la mémoire les attributs & les bienfaits de Dieu, & des exemples remarquables de piété, sont des choses sacrées*, puisque leur usage appartient au culte divin. On appelle *choses profanes*, celles qui ne sont pas sacrées; & *usage profane*, celui qui ne sert pas au culte divin. On dit qu'on *profane une chose sacrée*, si on l'ap-

§. MXXIII. (*q*) Il y a bien des pays dans lesquels on observe ce qui est recommandé sur la fin de ce paragraphe. Voyez HUGO DE GROOT *Introd. au Droit Holl. L.* I. *C.* IX. PREVÔT DE LA JANNES, *tit. hypotheques*, Art. CLXXIV.

§. MXXIV. (*r*) Ce n'est que d'un Souverain, revêtu d'un pouvoir absolu, par rapport à tout ce qu'il croit convenir au bien public, que l'on doit entendre ce qui est dit sur la fin de ce paragraphe. Mais s'il est prouvé, que le bien public

l'applique à quelqu'autre usage qu'à un usage sacré. Il paroît par les définitions mêmes, que *les choses sacrées n'ont qu'un usage sacré*, & qu'*on les profane si on les applique à quelqu'autre usage*; & que puisque la *consécration* est un acte, par lequel on destine une chose au culte divin public, *la consécration sépare les choses sacrées de tout usage profane, & les destine uniquement à un usage sacré.*

§. MXXVI. On appelle *Eglise* une assemblée d'hommes qui servent Dieu de la même maniere, qui, par conséquent, sont de la même religion. On appelle *Eglise particuliere*, celle qui est dans un certain lieu particulier, comme dans une ville, ou dans une partie d'une ville, ou dans un bourg; & l'on appelle *Eglise universelle*, celle qui est dispersée par tout le monde. De-là on appelle *choses Ecclésiastiques*, ou *de l'Eglise*, celles qui sont pour quelque usage de l'église, sans être cependant destinées directement & simplement au culte divin. Prises en général on les appelle *les biens de l'église*, qui *peuvent consister soit en choses corporelles, soit en choses incorporelles* (§. CXXI.). Comme *les choses sacrées & ecclésiastiques* sont destinées à l'usage de quelque église particuliere (§. MXXV. & *celui-ci*), elles *appartiennent*, les unes & les autres, *à une église particuliere;* comme cependant ce n'est pas seulement ceux qui vivent aujourd'hui, qui sont l'église, mais aussi ceux qui leur succédent successivement après leur mort, la même communauté de religion subsistant; *ceux qui sont aujourd'hui membres d'une église particuliere, ne peuvent disposer des choses sacrées ou ecclésiastiques qui lui appartiennent, au préjudice de l'église pour l'avenir.*

De l'église & des choses ecclésiastiques.

§. MXXVII. Les représentations des faits de personnages soit feints, soit qui ont existé réellement, s'appellent *comédies* si l'événement est heureux, & *tragédies* s'il est malheureux; quoique les anciens aient distingué les comédies des tragédies, par la condition des personnes, & par la nature des fortunes & des affaires. Comme *les comédies & les tragédies* ont le même usage, que les exemples que nous voyons de nos yeux, & avec plus d'efficace encore à cause de la liaison manifeste, qui s'y trouve entre les faits & l'événement, & que par conséquent elles peuvent aider beaucoup à la pratique des devoirs de l'homme & du citoyen, celles *qui répondent à ce but*, *qu'on doit s'y proposer*, *doivent être tolérées dans l'état*, *mais on ne doit point les tolérer*, *si elles inspirent l'amour du vice.*

Des comédies & des tragédies.

§. MXXVIII. L'exemption de la crainte des injures, qui est un des buts de la société civile (§. DCCCCLXXII.), exige, que *chacun soit mis à l'abri de toute injure de la part des autres*, par conséquent, *il ne faut pas souffrir que quelqu'un soit lézé* (§. LXXXVIII.), *ou fraudé* (§. CCLXXXVI.), *par un autre.* Mais *il faut avoir soin qu'on rende à chacun ce qui lui appartient* (§. LXXXVI.), c'est-à-dire, *que chacun obtienne ce qui lui est dû par un autre* (§. LXXX.), *que les dommages causés soient reparés* (§. CCLXX.), *& que les coupables soient punis pour les injures qu'ils ont faites* (§. XCIII.). Puisque la poursuite d'un droit par la force est une guerre (§. XCVIII.); *l'exercice de la guerre privée dans l'état appartient au souverain.* Comme il n'est pas possible, que le souverain l'exerce par lui-même, & qu'on appelle *juges* des personnes, qui ont soin qu'on rende à chacun ce qui lui appartient, & qui

Du soin du Souverain touchant la justice.

blic ne souffre point, que la liberté de l'homme soit gênée à ce point: qu'il y a plus de mal que de bien à attendre de cette gêne; que même un homme ne peut avoir sur un autre homme, le droit de limiter sa liberté naturelle à cet égard, que ferons-nous de ce pouvoir absolu, considéré moralement?

qui défendent chacun contre les injures des autres, *il faut établir des juges dans l'état.* Il paroit donc, que *dans l'état les jugements prennent la place de la guerre privée.* (*s*)

Du droit des juges. §. MXXIX. Puisque *les juges* doivent avoir soin, qu'on rende à chacun ce qui lui appartient (§. MXXVIII.), ils *doivent examiner les causes qu'on porte en jugement, prononcer de quel côté est la vérité, enjoindre au vaincu de payer ce qu'il doit au vainqueur, &, s'il ne veut pas le faire de bon gré, l'y contraindre par la force.* Ainsi puisque *les juges sont comme des arbitres etablis par le souverain* (§. DCCLXX.), ce que nous avons prouvé par rapport aux arbitres, touchant la maniere de finir les procès (§. DCCLXXII. & *suiv.*), doit s'appliquer aux juges. Comme cependant l'exercice de la guerre privée, qui appartient naturellement à chacun (§. XCVIII.), leur a été transferé, *l'explétion de droit* (§. DCCXCIII.), qu'on appelle *l'exécution*, savoir de la sentence, & *l'exaction de la peine pour les injures privées*, & commises contre quelque particulier, *appartiennent aux juges.* Mais comme le droit de guerre privée n'a pas été ôté à chacun, mais qu'il doit seulement être exercé par les juges, *si l'on ne peut avoir assez de juges, la guerre privée est encore licite*, par conséquent *il est permis de se défendre contre un aggresseur* (§. XC.), *de défendre ses choses contre un ravisseur, & sa possession contre un envahisseur* (§. CCLXIII. CCLXV.). (*t*)

De la punition des délits publics. §. MXXX. Comme tous les membres d'une société civile pris ensemble, sont considérés comme une personne morale (§. DCCCCLXXII.), *on commet une injure contre l'état, en faisant quelque chose qui est contre le droit de tous*, par exemple, *contre la sureté de tous* (§. LXXXIX.), c'est pourquoi le corps des citoyens, & par conséquent *le souverain* (§. DCCCCXCVI.), *a le droit de punir celui, qui viole de quelque façon que ce soit le droit qui appartient à tous, tel que la sureté publique.* Un fait où il y a du dol, par lequel on cause du dommage, ou fait une injure à quelqu'un, s'appelle *méfait* (*), ou mauvaise action; & on l'appelle *quasi-méfait* s'il n'y a que de la faute. Un méfait par lequel on cause du dommage, ou on fait une injure, s'appelle un *délit*, si c'est contre un particulier, & *crime* si c'est contre l'état. On donne aussi à ceux-là le nom de *délits privés*, & à ceux-ci, celui de *délicts publics. Il faut* donc *conférer* aussi *aux juges le droit de punir les délicts publics, ou les crimes.* (*u*)

§. MXXXI.

§. MXXVIII. (*s*) C'est proprement pour la fin particuliere, indiquée au commencement de ce paragraphe, que les Sociétés ont été instituées suivant CICERON; & il est bien probable, que dans les associations civiles, formées par contract, (si jamais il s'en est fait de cette façon, avec cette tranquillité qu'exige un arrangement de cette nature) on a eu sur-tout en vue de s'assurer contre la violence, & de prevenir les guerres particulieres. Voyez ce qui a été dit des Arbitres ci-dessus § DCCLXX. ce que Mr. ROBERTSON rapporte des duels particuliers dans son *Introd. à l'Hist. de Charles V.* GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *Liv.* II. *Ch.* XX. §. 8. *n.* 5. PUFENDORF *de Off. hom. & civ. L.* II. *C.* V. *Droit de la Nature & des Gens*, & les Commentaires sur ces deux ouvrages.

§. MXXIX. (*t*) Le bien de la Société n'exige point, que les Juges soient revêtus du pouvoir de mettre leurs jugements en exécution. Mr. DE MONTESQUIEU a même très bien exposé les inconvénients qu'il y a, à joindre ensemble le pouvoir exécutif & le pouvoir judiciaire; & c'est une erreur de croire qu'il est de l'essence d'un Juge, qu'il puisse lui-même faire exécuter ses jugements. Voyez *Esprit des Loix*, *Liv.* XI. *Ch.* VI.

(*) *Maleficium*, nous le rendons par le vieux mot *méfait*, pour conserver les définitions de notre Auteur. R. d. T.

§. MXXX. (*u*) Les mots de delits & de crimes sont synonimes dans la bouche du vulgaire; & il est rare qu'on s'en serve dans la signification particuliere qui leur est attribuée ici: cependant ces sortes de distinctions sont très utiles, & nécessaires mé-

§. MXXXI. Comme la peine s'inflige pour un déliĉt ou un crime commis (§. MXXX.), *personne ne peut être puni, à moins que son crime ou son déliĉt ne soit suffisamment prouvé, ou qu'il ne l'avoue de lui-même*, & comme les circonstances qu'on ignore encore, peuvent contribuer à faire mitiger la peine, *avant que de condamner un coupable vaincu, & qui a confessé, il faut lui permettre de proposer ce qu'il croit pouvoir dire pour s'excuser*, par conséquent *il ne faut pas le condamner sans qu'il se soit défendu, à moins qu'il ne déclare qu'il n'a rien à dire pour sa défense.* Comme il importe à l'état, que les déliĉts, & sur-tout les crimes, ne demeurent pas impunis (§. XCIII.), *si le crime ne peut être prouvé suffisamment, il faut tâcher de faire confesser celui qui en est soupçonné, & qui persévere à le nier*, par conséquent *on a droit aux moyens, sans lesquels on ne peut arracher l'aveu* (§. XLVI.), c'est en cela que consiste ce qu'on appelle *enquêtes*, ou *interrogatoires* *, & celui du crime de qui on s'enquiert s'appelle l'*accusé*, ou le *prévenu* †. (x) *Des enquêtes.* * inquisitio. † inquisitus.

§. MXXXII. On appelle *torture* ou *question* un aĉte, par lequel on cause de la douleur & des tourments au corps de celui qui est soupçonné d'un crime, pour l'amener à le confesser; *Présenter la question* *, c'est menacer de donner la torture, en faisant paroitre le bourreau & les instruments requis pour torturer. Comme plusieurs aiment mieux mourir, que de souffrir les tourments de la torture, *la torture n'est pas un moyen bien propre de découvrir la vérité;* & il y a des exemples d'innocents qui, à cause de la cruauté des tourments, ont avoué des crimes dont ils n'étoient pas coupables, & ont été condamnés en conséquence. Comme cependant il importe beaucoup à l'état, qu'on ne laisse pas impunis des crimes, qui vont directement contre la sûreté publique (§. XCIII.), *si celui qui est accusé d'un* pareil crime *considerable, est violemment suspect*, ensorte qu'il ne manque que son propre aveu pour qu'on en soit assuré, *& s'il est d'un temperamment sain & vigoureux, & que sa malice soit manifeste, on le peut torturer.* On appelle *torture spirituelle* le jurement purgatoire, deféré par le juge à un homme suspect de quelque crime: il est aisé de voir, que *ce n'est pas un moyen bien propre de découvrir la vérité, si le crime mérite la mort, ou quelque peine affliĉtive corporelle, ou quelqu'autre peine infamante*, puisque tous ne craignent pas un Dieu vengeur, que d'autres s'imaginent qu'ils obtiendront aisément le pardon, ensorte qu'ils aiment mieux se parjurer (§. CCCLXXI.), que de confesser leur crime. (y) *De la torture.* * territio.

§. MXXXIII.

même pour traiter une science avec exaĉtitude. Voyez MATTHÆUS *de Crim. Proleg. Cap.* I.

§. MXXXI. (x) Tous les bons Auteurs qui ont écrit sur la pratique de la Jurisprudence, sont d'accord, & la raison le diĉte, que l'aveu d'un accusé ne suffit pas pour le condamner; qu'il faut que le fait, dont il est accusé, soit prouvé d'ailleurs; qu'il soit atteint & convaincu: qu'il ait eu encore tous les moyens de se défendre: c'est même une erreur de se persuader, ou c'est abuser de la sienne de soutenir, qu'il n'a point de moyens de défense, s'il déclare qu'il ne lui en reste point. Ainsi il faut changer ce qui est dit au commencement de ce paragraphe; savoir, *que personne ne doit être puni, à moins que le crime ne soit averé, ou que l'accusé l'ait avoué*; & y substituer: ainsi, *personne ne doit être puni, à moins que le délit ne soit averé*, ET *l'accusé convaincu de l'avoir commis, ou qu'il en ait fait l'aveu.* Nous verrons dans le paragraphe suivant jusques où peuvent aller les moyens, dont l'Auteur parle dans ce paragraphe-ci. Voyez JUL. CLARUS, *Sent.* LV. *Qu.* IV. *n.* 10. BAVO dans son *Prax. & Theor. crim. §. Conf. p. 169. Traité des Matieres criminelles*, par GUY DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, *sept. ed. p.* 252. *& p.* 270.

§. MXXXII. (y) Il est assez étonnant que notre Auteur, après avoir remarqué, que la torture est un moyen peu sûr pour découvrir la vérité, enseigne pourtant qu'on peut mettre un criminel ou un accusé à la question, s'il y a contre lui des soupçons très forts. Il y a nombre d'écrits sur la Torture & sur les cas, dans lesquels on juge qu'on peut l'employer: tels sont ceux qu'indique BARBEIRAC au *Droit de la Nature &* des

De l'emprisonnement & du sauf-conduit.

§. MXXXIII. Puisque les crimes ne doivent pas demeurer impunis (§. MXXXII.); *s'il est sûr* que *le crime a été commis, il faut travailler à découvrir le coupable : s'il est connu, il faut le mettre en prison*, de peur qu'il ne s'enfuie : *s'il est caché, ou qu'il se soit enfui, il ne faut rien négliger pour le saisir.* Il suit encore de-là, qu'*il faut le retenir en prison jusqu'à ce qu'il soit absous, ou condamné par la sentence du juge*; & comme on ne doit le retenir en prison que pour le garder, *l'exécution de la peine*, à moins qu'il n'y ait quelque nécessité pressante, *ne doit point être différée.* Il paroit encore de-là, qu'*on ne doit point emprisonner, si la peine peut s'exercer contre un absent*, & qu'*on peut* aussi *emprisonner un témoin suspect de vouloir s'enfuir* (§. DCCLXXVIII.). On nomme *prevenu* ou *accusé* celui qu'on attaque pour quelque crime. *Si un accusé, ou* même *un coupable*, à qui il doit être permis de se défendre (§. MXXXI.), *s'enfuit par la crainte de la prison, & qu'étant absent il promette au juge de se presenter en jugement quand on le citera, & de plaider sa cause, pourvu qu'on lui donne des sûretés contre l'emprisonnement*, ce qui s'appelle un *sauf-conduit, le juge doit les lui donner, après que*, de peur qu'il n'élude le jugement, *il aura donné caution de se présenter en jugement.* Mais *si par la sentence du juge il est condamné à une peine capitale, ou à une peine corporelle afflictive, ou s'il doit être appliqué à la torture*, puisqu'alors il est suspect de vouloir s'enfuir, *le sauf-conduit expire, & si durant l'enquête il commet un crime qui mérite la prison, il peut être emprisonné malgré le sauf-conduit*, qui ne regarde pas ce crime-là.

Du soin que le souverain doit avoir de la santé des sujets.

§. MXXXIV. Les hommes dans la société civile doivent réunir leurs forces, pour se procurer ce qu'ils sont naturellement obligés par eux-mêmes à se procurer (§. DCCCCLXXII.); *le souverain est* donc *obligé de faire tout ce qu'il peut, pour la conservation de la santé de ses sujets, & pour son rétablissement quand ils l'ont perdue.* De-là il suit, qu'*il doit avoir soin qu'ils soient pourvus de mets sains, & de boissons saines, & de drogues médicinales; qu'il y ait des Médecins & des Chirurgiens habiles, & des Professeurs capables en médecine; que les sujets ne soient pas obligés de nuire à leur santé par un travail excessif, & que ceux qui sont préposés aux offices publics aient un salaire suffisant.* A ceci appartient encore *le soin de la commodité & de la sûreté des grands chemins.*

Du soin des édifices.

§. MXXXV. Il paroit par la même raison (§. CXVI.), que *le souverain doit avoir soin qu'on puisse se procurer, à un prix raisonnable, des matériaux propres à bâtir des édifices, qu'il y ait des architectes, des charpentiers & des maçons, & d'autres ouvriers habiles, & qu'ils fassent leur devoir dans la construction des édifices.* A ceci appartiennent encore *les soins à l'égard des incendies, pour qu'ils s'éteignent à temps, & qu'on les prévienne autant qu'il est possible*; & comme de beaux édifices publics contribuent à la splendeur de l'état, *le souverain doit avoir soin que les temples, les édifices pour les assemblées des cours, pour les écoles, les académies, & tous les autres édifices publics, soient non seulement solides & commodes, mais encore beaux.*

Du soin de la monnoye.

§. MXXXVI. Puisque c'est avec l'argent qu'on achete les choses & les travaux

des Gens par PUFENDORF, *L.* VIII. *Ch.* III. §. 4. Un Ouvrage de NICOLAS, *si la torture est un moyen sûr à vérifier les crimes sécrets.* WITTICHIUS *de iniquitate & inutilitate torment. in quæst. reorum.* JONKTYDS *over de pynbank*; outre les Commentateurs du Droit Romain & les Auteurs qui ont traité des causes criminelles, tels que CARPZOV. *pract. rer. crim.* GOMEZ *Resol. Tom.* III. MATTHÆUS *ad t. ff. de quæst. in op. de crim. Cap.* V. JOAN. GREVII Clivens. *Tribunal reformatum fugata tortura.* GUY,

vaux dont on a besoin (§. CCCCXCIV.), *le souverain doit avoir soin qu'il y ait assez de monnoye, pour achéter les choses & les travaux;* & comme il ne faut pas permettre les fraudes (§. MXXVIII.), *il doit avoir soin que la bonté intrinseque de la monnoye réponde à sa valeur extrinseque, ou que la monnoye soit bonne,* & par cette raison *il faut punir sévérement les faux monnoyeurs*, qui mêlent dans la monnoye une quantité plus grande de métal de vil prix, que les loix de l'état ne le permettent, *& ceux qui rognent la monnoye; & il ne faut pas souffrir qu'on exporte de la bonne monnoye chez l'étranger, & que les banquiers, ou d'autres personnes avides d'un gain sordide, en importent de la moins bonne à la place.* (z)

§. MXXXVII. On appelle *charges de l'état* toutes les dépenses qu'il faut faire pour l'administration de l'état; c'est pourquoi, puisque l'état ne peut être administré & défendu sans charges, *tous les citoyens doivent porter les charges de l'état* (§. DCCCCLXXII.), *& l'on ne doit pas en imposer plus, que l'administration de l'état & sa défense n'en exigent:* & comme aucun des citoyens ne doit être réduit à la pauvreté, *chacun doit contribuer à proportion de ses facultés.* On appelle *charges* ou *impôts ordinaires* ceux que l'usage perpétuel exige, & *impôts* ou *charges extraordinaires* celles qu'exigent les cas extraordinaires. *Des charges de l'état.*

§. MXXXVIII. On appelle *trésor public* le lieu où l'argent public est déposé. Il paroit donc, que *l'état a besoin d'un trésor* (§. MXXXVI.), & qu'*il doit y avoir de l'argent prêt autant que l'administration & la défense de l'état en exigent.* Et même outre le trésor de toute la société civile, *les assemblées particulieres doivent* aussi *avoir leurs trésors*, où elles déposent l'argent que chacun donne pour l'usage public. *Du trésor public.*

§. MXXXIX. Le trésor public differe du *fisc*, qui est le reservoir de l'argent privé du Roi, ou du Prince. Donc *ce qui appartient au Roi en propre, ou qui est destiné à ses usages privés, est dans le fisc.* Ainsi la *confiscation des biens* est un acte, par lequel pour punition on ôte à quelqu'un tous ses biens, & on les fait entrer dans le fisc. On voit aussi par-là ce que c'est que la *confiscation d'une chose particuliere.* *Du fisc.*

§. MXL. Comme le Roi ne peut sans dépenses se soutenir lui-même, & soutenir sa famille, & la splendeur de la dignité royale, & qu'il exerce l'empire pour le bien des sujets, *dans un royaume les sujets doivent fournir au Roi de quoi se soutenir lui-même, soutenir sa famille, & la splendeur de la dignité royale:* par conséquent *il faut assigner au fisc certains revenus, qu'on doit augmenter suivant la diversité des circonstances* (§. MXXXIX.). On appelle *domaines* les fonds, dont les revenus sont destinés à soutenir le Prince & sa famille, & *ces revenus sont ses biens propres* (§. MXII.); *il peut* donc *disposer à son gré des revenus des domaines* (§. CXCV.); mais *pour les domaines mêmes*, comme il n'en est que l'usufruitier, *il ne peut les aliéner ni les engager* (§. DCCXIII.); *ceux qui ont été aliénés peuvent être requis par son successeur, & ils ne peuvent être prescrits par aucun temps quelque long qu'il soit* (§. CCCCLI. CCCCLII.). Mais comme *dans le royaume patrimonial* parfaitement tel, tout *Des domaines.*

GUY DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Traité des Matieres crim. sept. édit. p.* 307. *& suiv.*

§. MXXXVI. (z) La monnoye est un objet qui merite toute l'attention de ceux qui sont à la tête des affaires publiques. Voyez PUFENDORF *de Off. hom. & civ. L.* I. *C.* XIV. §. 9. *Droit de la Nature & des Gens, Liv.* V. *Ch.* 2. §. 14. BARBEIRAC à cet endroit. BODINUS *de Rep. L.* I. *C.* X. MARQ. FREHER *de Numism. cens. p.* 143. *in Critic. sacr. Tom.* VI. §. 2. *p.* 138. *& seqq.*

tout a été constitué dans le domaine du Roi à cause de l'empire (§. DCCCCLXXXVI.), *le Roi peut aliéner & engager les domaines* (§ CCLVII. DCXCVII.), & *si le Roi a le droit sans aucune restriction de mettre de nouveaux impôts pour une nouvelle cause, il peut engager les domaines*, puisqu'au lieu de l'argent qu'il emprunte, il auroit pu mettre des impôts.

Des titres & de la préséance. §. MXLI. Comme il faut rendre à chacun l'honneur qui lui est dû (§. CXLII.), *le souverain doit déterminer les actes extérieurs, par lesquels chacun doit rendre à ceux qui ont bien servi l'Etat, l'honneur qui leur est dû; à quoi sont propres* la *préséance* (§. LXXV.), & les *titres*, qui sont des noms qui marquent la prééminence de quelqu'un sur les autres. Puis donc que les titres & la préséance doivent être des signes des services rendus à l'état, & qu'ils obligent les citoyens à bien servir l'état (§. XXXV.), *les titres & la préséance ne doivent point se vendre.* Au reste par la même raison (§. CXLII.), *il ne faut point souffrir que quelqu'un fasse des affronts aux autres, sur-tout à ceux qui sont élevés en dignité.*



CHA-

CHAPITRE IV.

Des droits de majesté. (†)

Ce qu'on doit rapporter aux droits de majesté. §. MXLII. Puisque les *droits de majesté* sont ceux qui regardent le souverain empire & son exercice (§. DCCCCXCVIII.), *il faut y rapporter tous les droits, sans lesquels l'empire public ne peut être exercé de façon, que le bien public soit avancé autant qu'il est possible* (§. DCCCCLXXX.), par conséquent *celui qui exerce l'empire civil a le droit d'établir toutes les choses qui lui paroissent servir au bien public.*

Pouvoir législatif. §. MXLIII. Puisque toute la société, & par conséquent aussi la société civile doit avoir ses loix, & qu'elle a le droit d'en faire (§. DCCCXLVI.), le *pouvoir législatif*, c'est-à-dire, le droit de faire des loix, *appartient aux droits de majesté* (§. MXLII.). C'est pourquoi puisqu'on ne peut concevoir des *loix* sans obligations (§. XXXIX.), *à moins qu'elles ne soient telles qu'on ne puisse y satisfaire par l'exécution*, c'est-à-dire, en contraignant par la force à faire ce qu'elles prescrivent (§. MXXIX.), *il faut y attacher des peines, telles & si grandes qu'elles suffisent, autant qu'il est possible, pour en reprimer la transgression.* On voit par-là, que *ce n'est pas une loi, si le souverain déclare seulement ce que les sujets doivent faire ou ne pas faire, sans ajouter que ceux qui feront autrement seront punis, ou contraints par la force à faire ainsi*, quoique par une simple déclaration de la volonté du souverain, les sujets sont seulement avertis de leur devoir. Il est aisé de voir au reste, que *les loix fondamentales ne sont pas soumises au pouvoir législatif du Prince* (§. DCCCCLXXXIV.). (*a*)

Droit d'interpréter les loix. §. MXLIV. Puisque par la loi le souverain déclare sa volonté touchant ce qu'il veut que les sujets fassent ou ne fassent pas (§. MXLIII. XXXIX.), *le droit d'interpréter les loix dans l'état appartient au souverain* (§. DCCXCIV.). C'est pourquoi dans un cas douteux, *il faut lui demander l'interprétation* qui s'appelle *authentique.* Mais *le souverain ne peut interpréter les loix fondamentales* (§. DCCCCLXXXIV.). (*b*)

Du droit d'abroger & de changer les loix. §. MXLV. On dit qu'on *abroge une loi*, quand on déclare qu'elle ne doit plus obliger les sujets. L'obligation qui vient d'une loi humaine dépendant de la volonté du législateur (§. XXXIX.), *le souverain qui a porté une loi* (§. MXLIII.), *peut* aussi *l'abroger s'il le trouve bon*, par conséquent *le droit d'abroger les loix appartient aux droits de majesté* (§. MXLII.). Et puisque changer les loix c'est la même

(†) CHAP. IV. Dans le Chapitre précedent notre Auteur a donné un précis de la maniere, dont une Société civile doit être constituée, pour répondre au but qu'il lui suppose, savoir de se procurer tout ce qui est nécessaire à la vie: dans le présent Chapitre il va exposer les droits du Souverain; & il est facile de prévoir, qu'en partant du principe qu'il a adopté, il attribuera au Souverain tout & tel droit, sans lequel le Souverain ne pourra remplir le but universel & général qui, selon notre Auteur, doit faire la regle de toutes ses dispositions, suivant ce qu'il a enseigné §. DCCCCLXXX.

§. MXLIII. (*a*) Voyez PUFENDORF *de Off. hom. & civ. L.* II. *C.* VII. §. 2. les notes à cet endroit & les Auteurs qui y sont cités. *Droit de la Nature & des Gens. Liv.* VII. *Ch.* IV. §. 2.

§. MXLIV. (*b*) Il faut bien distinguer l'interprétation, dont l'Auteur parle dans ce paragraphe, de celle dont il a donné les principales regles dans le Chap. XIX. de la seconde partie de ces Institutions.

me chose qu'en abolir de vieilles & en substituer de nouvelles, *le droit de changer les loix est contenu dans celui de les faire & de les abroger.* Mais comme l'obligation naturelle qui vient de la loi naturelle (§. XXXIX.), est immuable (§. XXXVIII.), *les loix naturelles ne peuvent être abrogées.*

Du droit de donner des dispenses. §. MXLVI. On appelle *dispense* la permission dans un cas particulier d'un acte défendu par la loi. Puis donc que dispenser c'est la même chose, qu'abroger la loi dans un cas particulier, ou libérer quelqu'un de l'obligation qui en nait, *le souverain peut dispenser des loix* (§. MXLV,), & par conséquent *le droit de dispenser appartient aux droits de majesté* (§. MXLII.); mais à cause de l'immutabilité de l'obligation naturelle (§. XXXVIII.), *il ne peut s'étendre aux loix naturelles.* C'est pourquoi, *si le souverain est obligé de permettre des choses contraires à la loi naturelle, il permet seulement qu'on les fasse impunément.* (c)

Du droit de donner un privilege. §. MXLVII. Un *privilége* est la concession d'un droit soit affirmatif soit négatif, faite à une personne, ou à plusieurs, ou à un certain nombre de personnes, & que les autres n'ont pas. On appelle en particulier *privilége de famille*, celui qu'on donne à une certaine personne & à tous ceux qui en descendent. Celui qui a un privilége s'appelle *privilégié.* Comme par la concession d'un privilége les autres sont obligés de souffrir, que le privilégié use de son droit, & de ne rien faire qui y soit contraire, *les priviléges sont de véritables loix* (§. XXXIX.); par conséquent, puisque le pouvoir législatif appartient au souverain (§. MXLIII.), & qu'il a le droit de dispenser des loix (§. MXLVI.), ce qui a lieu dans un privilége, *le droit d'accorder des priviléges appartient aux droits de majesté.* Puisque les priviléges se donnent par la volonté du souverain, & qu'ainsi il dépend de lui de donner des priviléges à qui il veut, & aux conditions qu'il veut, *le souverain peut accorder des priviléges ou pour un certain temps, ou pour toute la vie, en y attachant une*

§. MLXVI. (c) Voyez PUFENDORF *de Off. hom. & civ. L.* I. *C.* II. §. 9. & les Commentateurs.

§. MXLVII. (d) Ce que l'Auteur affirme sur la fin de ce paragraphe merite une petite remarque. Quoiqu'il soit vrai que les priviléges ne doivent être accordés, que dans la vue du bien public, il ne s'ensuit pas de-là pourtant, que les priviléges une fois accordés peuvent ou doivent être supprimés & ôtés à ceux qui en jouïssent, dès que la cause commune ou quelques-uns des Citoyens en souffriroient. Cette doctrine est d'autant plus dangereuse, qu'elle met les priviléges à la merci du Prince, parce que c'est le Prince seul qui a le droit de juger de ce que demande le bien public. Charles V. ou son Ministère a cru, ou du moins a fait semblant de croire, que les priviléges dont jouissoient les Espagnols, tendoient au détriment de la chose publique: ces priviléges ont été supprimés soit en tout soit en partie. Quel en a été le fruit? Qu'on voit à peine dans le Royaume d'Espagne les restes de sa grandeur & de son opulence passées. Philippe, Roi d'Espagne & dernier Comte de Hollande a cru, ou du moins fait semblant de croire, que les priviléges, dont jouissoient les habitants des Pays-Bas, étoient contraires au bien public. Il a fait des efforts inouïs pour les en priver. Quel en a été le fruit? Pour en juger on n'a qu'à comparer l'état des Provinces, dans lesquelles il a réussi à celles que son imprudence lui a fait perdre.

Quand un privilége, c'est-à-dire, un certain droit a été accordé soit aux Citoyens en corps, soit à quelques-uns d'entr'eux, soit à quelque société, il n'appartient plus au Souverain de mettre en question, si le privilége est ruineux pour l'Etat, & desavantageux pour le plus grand nombre des Citoyens, ou non: & cela ne doit sur-tout point avoir lieu, lorsqu'il s'agit d'un privilége qui rapproche les Citoyens de leur liberté naturelle, ou qui limite les droits du Souverain, ou qui tend à assurer d'autant mieux la vie, l'honneur & l'état des Sujets. Le privilége, par exemple, connu sous la dénomination de *non evocando*, est un privilége qui, une fois accordé, ne peut jamais être supprimé, parce qu'il est fondé sur des principes de droit universel, qui sont immuables. C'est en partie parce que Philippe a enfreint ce privilége, qu'il a été déclaré déchu de tous ses droits comme Comte de Hollande. Le bien public, il est vrai, semble quelquefois exiger des ar-

une charge quelconque, ou une certaine condition, sur tout potestative, ou précairement, & même y attacher une peine, comme, par exemple, qu'en cas d'abus, ou par un certain fait le privilége sera commis ou perdu. Comme cependant le salut public est la loi suprême de l'état (§. DCCCCLXXVI.), *on ne peut donner des priviléges que pour le bien public*, par conséquent, *s'ils tournent au détriment de l'état, ou d'un grand nombre de citoyens, le souverain peut les ôter.* (*d*)

§. MXLVIII. Comme l'obligation tire sa force de la crainte de la peine (§. XXXV. XCIII), *il faut mettre en exécution les peines attachées aux loix.* C'est pourquoi comme il faut punir les délicts soit particuliers, soit publics (§. MXXIX.), *le droit de punir, & de déterminer les peines, appartient aux droits de majesté.* Comme les peines sont des maux de la fortune, ou du corps (§. XCIII.), *elles consistent dans la privation de ce qui appartient à quelqu'un, ou à lui causer quelque douleur dans son corps*, par conséquent: *on peut, pour punition, ôter quelque chose corporelle que ce soit, de l'argent, des droits*, par conséquent encore *des priviléges* (§. MXLVII.), soit pour toujours, soit pour un certain tems, *on peut noter le coupable, & affliger son corps de différentes manieres.* Et comme l'exercice du droit de punir est réellement une défense contre ceux qui ont l'intention de lézer (§. XC. XCIII.), *on peut ôter la vie même pour punition* (§. XCIV.). *Les peines capitales ne sont* donc *pas illicites en elles-mêmes, & elles sont permises, si l'on ne peut empêcher les crimes autrement.* Le droit d'infliger une peine capitale aux malfaiteurs, s'appelle le *droit* ou la *puissance du glaive*, ou encore le *droit de vie & de mort*, qui cependant a plus d'étendue, entant qu'il renferme le droit d'exposer la vie des sujets au danger de mort, comme dans la guerre.

Du droit de punir, & du droit du de la puissance du glaive.

§. MXLIX. Comme le talion est une vengeance égale, par laquelle on fait souffrir à quelqu'un autant de mal qu'il en a fait, & qu'on ne doit pas y faire at-

S'il faut faire attention au talion en punissant.

arrangements & des dispositions contraires aux priviléges, dont les Citoyens, ou quelques-uns d'entr'eux, jouissent: mais comme il est très possible, qu'un Souverain ou un Prince se fasse illusion, qu'il est sans cesse obsedé de personnes qui lui font envisager le bien public sous des dehors trompeurs, ce ne pourroit être tout au plus, que dans les cas ou les mauvais effets d'un privilége se manifesteroient pleinement, qu'il pourroit être authorisé à y apporter remede; & la question seroit alors de savoir comment. Car supposé qu'un privilége fut si desavantageux pour la société, qu'on ne pourroit absolument en permettre l'usage, en ce cas on pourroit en destituer ceux qui en jouissent de droit, mais non pas sans leur donner un équivalent: dans tous les cas où ce mauvais effet ne paroit point manifestement, il faut regarder les dispositions faites contre la teneur des priviléges, comme surprises à la religion du Souverain; & les actes par lesquels on accorde des priviléges comme des contracts, qui ne peuvent être enfreints sans manquer à la bonne foi, & aux principes qui font la base de la sûreté publique, à moins qu'on ne veuille dire, comme notre Auteur le fait dans son grand Ouvrage, *Tom.* VIII. §. 870. que les priviléges ne sont donnés, que sous cette condition tacite, *autant que le bien public en permettra l'exercice.* Il me semble entendre dire à quelqu'un qui a contracté, que le contract n'a été fait que sous la condition tacite, *autant qu'il y trouveroit son compte:* c'est à regret qu'on voit un Philosophe du premier rang, se faire illusion à soi-même, & se plier à des idées, qui repugnent aux principes les plus évidents. Le seul cas dans lequel on peut supprimer un privilége, ou en priver celui qui en jouit, c'est lorsqu'on le fait par maniere de punition; & encore dans ce cas le delit commis doit être assez grave, pour authoriser cette punition. Si en 1540. Charles V. content d'avoir fait mettre à mort vingt-six des principaux citoyens de Gand; d'avoir confisqué les revenus de la Ville; d'avoir levé une forte amende; & d'avoir imposé une taxe annuelle sur ses habitants, eut laissé à cette Ville ses priviléges & immunités, vraisemblablement auroit-il mieux satisfait à ce que son devoir & son intérêt semblent avoir dû lui représenter. Voyez l'Auteur dans son grand Ouvrage, *Tom.* VIII. §. 853. *& suiv.* PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* VIII. *Ch.* X. §. 9. & les notes de BARBEIRAC.

§. MXLVIIII.

attention dans l'exercice du droit de punir, puisqu'elle est illicite (§. CLVI.), *il ne faut point observer le talion dans la punition des délicts, soit publics, soit particuliers, mais il faut faire souffrir pour peine un mal tantôt plus grand, tantôt plus petit, que celui qu'a fait l'auteur du délict, suivant que l'exige le but de la peine* (§. XCIV.). C'est pourquoi *le mal n'est pas tel en soi qu'il doive être puni, & le Prince se propose non la mort du malfaiteur pour elle-même, mais d'écarter les lézions soit de chaque particulier, soit de la société entiere.* (*e*)

Quels crimes ne peuvent être punis. §. ML. Puisque naturellement le droit de punir n'appartient aux hommes que pour une lézion actuellement faite (§. XCIII.), *les actes intérieurs, qui n'aboutissent pas à des actes extérieurs, ne peuvent être punis.* Ainsi *l'on ne peut punir personne pour ses erreurs;* cependant *on peut reprimer par des peines ceux qui répandent des erreurs*, sur-tout s'ils le font contre une défense. C'est pourquoi puisque *l'athéisme & le déisme* sont des erreurs, ils *ne peuvent être punis*, cependant *on peut punir ceux qui répandent l'athéisme & le déisme, & d'autres erreurs contraires à la religion.* Puisque c'est une sorte de peine que de recevoir ordre de sortir de la société civile (§. MXLVIII.), *il n'est permis de recourir à une peine plus sévere, que lorsque le coupable refuse de sortir, & ne veut pas se désister de publier son erreur.* On ne doit pas regarder comme une peine trop legère l'exclusion de la société civile, sur-tout s'il est difficile de s'établir ailleurs. (*f*)

Si l'on doit refuser la sépulture par maniere de peine. §. MLI. Puisque le droit de sépulture dû à l'humanité (§. DCCCXXIV.), peut être ôté pour punition (§. MXLVIII.), & que d'ailleurs il convient très-fort que le souvenir des peines se conserve entant qu'elles sont exemplaires (§. XCIII.), *on peut laisser sans sépulture, & exposer en public les cadavres de ceux qui ont soufferts le dernier supplice.* Et même par la même raison, *on peut par maniere de peine refuser la sépulture dans un lieu honorable aux contempteurs de la religion, & à ceux qui se sont tués eux-mêmes sans quelque cause non imputable*, telle que seroit la fureur, le délire, la mélancholie.

Si l'on peut punir les vices honteux. §. MLII. Comme *le souverain* ne doit pas souffrir dans l'état les *vices honteux*, s'il peut les empêcher, sur-tout s'il est à craindre qu'ils ne fassent des progrès (§. MXXIV.), ou qu'ils ne nuisent à quelque égard au salut public (§. DCCCCLXXVI.), il *peut* aussi *punir* ces vices, tels que sont la fornication, l'adultere, les commerces contre nature, le blasphême, le trop grand luxe.

Comment les Peres & Meres sont punis dans la personne de leurs enfants. §. MLIII. *Si l'on confisque les biens des Peres & des Meres*, comme *les enfants* n'y ont encore aucun droit propre, puisqu'ils n'en acquiérent qu'après la mort de leurs parents (§. DCCCCXVII. DCCCCXXI.), ils *ne sont point par là punis pour le fait de leurs parents* (§. MXLVIII.); comme cependant on leur ôte par là l'hérédité qu'ils pourroient espérer, *ils éprouvent un mal à l'occasion de ce fait.* Et comme les Pères

§. MXLVIII & MXLIX. (*e*) Le principal but pour lequel on doit infliger des peines, c'est afin d'imprimer à ceux auxquels on les inflige, & à ceux qui les voient infliger une crainte de commettre les actions, pour lesquelles elles sont infligées, & afin d'en detourner par là la volonté. De-là il s'ensuit, que toute punition qui tend à ce but est permise & licite, & que toute punition, qui ne le remplit point est illicite. Voyez notre Auteur dans son grand Ouvrage, *Tom.* VIII. §. 836. *& suiv.*

§. ML. (*f*) Le contenu de ce paragraphe prouve, ce me semble, assez visiblement, que dans la Théorie que notre Auteur nous donne du Gouvernement civil, il s'est fait plutôt un devoir de prouver des maximes, adoptées dans les lieux où il a vecu, que des vérités déduites de principes incontestables. Il enseigne dans ce paragraphe, & dans son grand Ouvrage, *Tom.* VIII. §. 645. *& suiv.* que l'on peut punir l'acte de rependre des

res & Mères doivent avoir soin, que leurs enfants aient les biens de la fortune (§. DCCCXCII.), & qu'ils y sont portés par leur amour naturel pour eux, qu'on remarque même dans les brutes, ils souffrent en voyant leurs enfants privés des biens qu'ils auroient eus après leur mort. Ainsi *les Peres & Mères sont punis dans la personne de leurs enfants par la confiscation de leurs biens* (§. XCIII.). On voit qu'*il en est de même si, à cause du crime des parents, on ôte aux enfants ce qu'ils ont, ou qu'ils peuvent attendre, & surquoi le droit propre appartient non à eux, mais au peuple ou au Roi, ou qui est non dans leur domaine, mais dans celui du peuple ou du Roi*, tels que sont la noblesse, le droit à certaines dignités civiles héréditaires, l'aptitude civile à certains offices publics, le droit de posseder des fonds nobles, & d'autres priviléges donnés à la famille, puisque ce sont des choses qui sont toujours soumises au droit du souverain, en sorte qu'il en peut disposer selon que l'exige le salut de l'état (§. DCCCCLXXVI.). (*g*)

§. MLIV. Comme le salut de l'état est la loi suprême (§. DCCCCLXXVI.), & que la qualité & la quantité des peines est déterminée par la volonté du Souverain (§. MXLVIII.), *si le Souverain trouve qu'il est du bien de l'état, que la peine soit remise, ou du moins mitigée, il peut la remettre, ou la mitiger.* Il peut y en avoir des raisons suffisantes dans les grands services, que les ancêtres des coupables ont rendus à l'état, ou au souverain, auquel cas la remission ou l'adoucissement de la peine est équivalente à un bienfait qu'on leur accorde en la personne de leurs enfants, ou de leurs descendants, ou de leurs parents. Tels sont encore les services des délinquants eux-mêmes envers l'etat & le Prince, ou la grande espérance de leurs services à venir. Le droit de remettre ou d'adoucir la peine, s'appelle *le droit de faire grace*, si les peines ont été déterminées par la loi, la grace est équivalente à une dispense (§. MXLVI.), & le droit de la donner est renfermé dans le droit de dispense. (*h*) *Du droit de faire grace.*

§. MLV. On dit qu'*on abolit une accusation*, si l'on ne doit point faire de recherches sur un crime dont quelqu'un est accusé, par conséquent si, avant toute information, ou du moins avant que les perquisitions soient achevées, on le regarde comme non accusé. *L'abolition est* donc *une rémission* de la peine dans un cas douteux Puis donc que le droit de donner l'abolition est renfermé dans le droit de faire grace (§. MLIV.), *le Souverain a le droit d'abolition* (ibid.). *Du droit d'abolition.*

§. MLVI. Il faut distinguer de l'abolition l'*amnistie*, qui est l'oubli ordonné pour toujours pour des injures & des crimes commis. *Quand* donc *on a accordé une amnistie, personne ne peut être accusé ni puni pour les choses qui se sont passées auparavant.* Puisque le salut de l'état est la loi suprême (§. DCCCCLXXVI.), *l'amnistie est naturellement permise, s'il est du bien de la société civile de la donner*: comme, par exem- *De l'amnistie.*

des erreurs; & en particulier celui, par lequel on repend l'athéisme & le déisme. Je me contenterai de remarquer ici sur cette matiere, que la doctrine, dont il s'agit ici, suppose 1. que tout homme, qui est persuadé d'une vérité, a droit d'empêcher qu'on ne la combatte: 2. que l'usage de ce droit est utile. Deux propositions qui bien loin d'être vraies, & d'avoir jamais été prouvées n'ont pas plus en leur faveur la raison que l'expérience.

§. MLIII. (*g*) Voyez sur le contenu de ce paragraphe PUFENDORF *de Off. hom. & civ. L.* II. *C.* XIII. §. 20. *Droit de la Nature & des Gens, Liv.* VIII. *Ch.* III. §. 31. 32. & 33. & les notes de BARBEIRAC.

§. MLIV. (*h*) Voyez PUFENDORF *de Off. hom. & civ. L.* II. *C.* XIII. §. 15. & 17. *Droit de la Nature & des Gens, Liv.* VIII. *Ch.* III. §. 15-17. 23. & 24. GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix, Liv.* II. *Ch.* XX. §. 21. & *suiv.*

exemple, si par l'oubli des injures passées on empêche plus sûrement, que la porte ne soit ouverte à de nouvelles & plus considérables, ou si on les fait finir plus sûrement, en remettant la peine, qu'en punissant les coupables. Comme l'amnistie est une remission de la peine, *le supérieur peut l'accorder* (§. MLIV.). Il est aisé de voir au reste, que *si le souverain dans une rébellion accorde une amnistie*, comme cela se fait par une transaction, afin que la paix se rétablisse, & qu'ainsi l'amnistie tire la force d'une convention (§. DCCLXIV.), *cela ne se fait pas en vertu de l'empire.*

Du droit de mettre des charges, & de leurs différentes espèces. §. MLVII. *Le droit* qu'a le Souverain *de mettre des charges* (§. MXXXVII.), *appartient aux droits de majesté* (§. MXLII.). On appelle *tributs*, „ ou *capitation* ou *taille*," l'argent qu'on paye pour les meubles ou immeubles, pour les biens qu'on possede, pour l'industrie lucrative, ou aussi pour sa tête, afin de porter les charges de l'état; & l'on appelle *péage* *, „ ou *douanne*, ou *droits d'entrée*, *& de sortie*," l'argent qu'on paye par la même raison pour les marchandises, & les denrées, pour les transports, ou pour autre chose pareille. „ Toutes ces charges s'appellent d'un nom commun *impôts.*" A cela appartiennent aussi les *charges publiques*, lorsque des citoyens sans dignité, sont obligés pour l'utilité publique de faire quelque chose gratuitement, ou même aux risques de leur patrimoine, & à leurs frais. Les logements des soldats, l'administration des tutelles, sont des charges publiques de cette sorte. Il paroit au reste, que *les tributs*, *& les charges publiques diminuent la valeur des immeubles*, & que *les péages augmentent le prix des choses.* Il suit de-là, que *les nouveaux tributs*, *les charges publiques*, *& les péages doivent être imposés avec précaution.* (*i*)

* vectigal.

Du droit de faire des collectes. §. MLVIII. On appelle *collecte* un argent qu'on recueille des citoyens, pour quelque usage particulier, comme pour la construction d'un temple, ou d'une maison détruite par un incendie, ou pour nourrir des pauvres. Puisque les collectes intéressent indirectement le bien de l'état, entant que tous conjointement sont obligés à pourvoir au bien de chacun, ou des communautés particulieres (§. DCCCCLXXV.), & que si on les fait pour des étrangers, c'est un argent qu'on exporte de la société civile, & par conséquent ce sont des charges qui intéressent l'état, *la concession du droit de faire des collectes appartient au souverain* (§. MLVII.); ainsi *l'on ne peut sans sa permission exercer le droit de faire des collectes.* Et

§. MLVII (*i*) C'est un sentiment assez généralement adopté, que le droit d'imposer des taxes est un droit inséparable de la Souveraineté: notre Auteur, qui dans cette partie de ses Institutions, marche, pour ainsi dire, sur les traces de PUFENDORF, fournit dans ce paragraphe-ci une démonstration de ce sentiment: mais il faut observer qu'il la fonde sur les principes, dont nous avons parlé dans la note mise au commencement du Chap. précedent. Si l'on y fait attention on trouvera, qu'il n'est pas essentiel à un bon gouvernement que celui, qui est revêtu du pouvoir législatif, ait celui de juger & de déterminer par quels moyens on fournira aux fraix de l'état: ce pouvoir suppose même une connoissance, si étendue des facultés du peuple, & des moyens qui peuvent le mettre en état de satisfaire aux fraix de l'état, qu'il n'est guères possible de se persuader, que ceux qui sont à la tête d'un gouvernement la possedent. Aussi voit-on, que cette partie de l'administration publique a donné de tout tems au peuple des sujets de plainte, & que le peuple s'est toujours reservé, autant qu'il a pu, le droit de juger des besoins de l'État & des moyens d'y satisfaire. Les Américains-Anglois ne sont pas les seuls qui de nos jours ont formé des prétensions sur cet article; & qui se sont recriés contre le droit que notre Auteur attribue ici au Souverain: la constitution féodale ne favorisoit pas ce droit. Si l'on prend la peine d'examiner les raisonnements, que PUFENDORF fait sur cette matiere *Droit de la Nature & des Gens*, *Liv.* VII. *Chap.* IV.

Et quoiqu'il ne faille pas confondre les collectes avec les *aumônes*, que recueille quelque particulier pour subvenir à la misere, dans laquelle quelqu'un est tombé par un incendie, ou par quelqu' autre malheur, *le souverain peut* cependant *ordonner de ces sortes de collectes*, puisqu'*il a le droit de disposer des aumônes* (§. MXXII.), *& l'on doit les mettre au nombre des charges qui intéressent indirectement l'état.* (*k*)

§. MLIX. Comme le souverain doit avoir soin qu'il y ait une quantité suffisante de bonne monnoye, & qu'on ne l'altere & ne la falsifie pas (§. MXXXVI.), *le droit de battre monnoye appartient aux droits de majesté* (§. MXLII.), *& le souverain a droit* aussi *de déterminer la valeur extrinseque de la monnoye soit de son propre pays, soit des pays étrangers, selon que cela lui paroit utile à l'état. Si à cause des malheurs des temps il faut donner une valeur extrinseque excessive à une monnoye faite de matiere vile, ou d'un prix très modique*, de peur que le plus grand nombre des citoyens ne soit réduit à l'extrémité, *lorsque ces malheurs cessent, le souverain doit avoir soin que cette monnoye soit échangée contre de la bonne.* (*l*) *Du droit de battre monnoye.*

§. MLX. On appelle *emploi public* ou *fonction publique*, l'administration de certaines affaires, qui doivent être gerées & mises en exécution en vertu de l'empire civil. Ainsi *non seulement ceux à qui le souverain confie l'exercice de quelque droit qui appartient à l'empire civil, mais aussi ceux dont lui ou eux se servent pour l'exécution des affaires, font des fonctions publiques.* On appelle en particulier *magistrat* celui, à qui le souverain confie l'exercice de quelque partie de l'empire, tels que sont les magistrats des villes, les gouverneurs des provinces, & même les juges (§. MXXVIII.). Comme le souverain ne peut exercer seul l'empire par lui-même, mais qu'il est obligé de l'exercer en partie par d'autres, & que par conséquent *les magistrats & les juges font en son nom tout ce qu'ils font, &* qu'*en général ceux qui ont quelque emploi public ne font qu'exécuter ce dont ils sont chargés par le souverain; c'est* aussi *au souverain qu'appartient le droit d'établir des magistrats & des juges, & en général de conférer tous les emplois publics.* Au reste *il dépend de sa volonté d'accorder, & aux conditions qu'il lui plait, aux magistrats, aux juges, & à ceux qui ont d'autres emplois, le droit de conférer des emplois moins importants.* Il est aisé de voir, que ces personnes ne se servent de leur droit, que d'une façon dépendante de la volonté du souverain. (*m*) *Du droit de conférer les emplois publics.*

§. MLXI. Et puisque les titres & la préséance sont des récompenses des services *Du droit de conférer des titres & des préséances, ou des dignités civiles.*

IV. §. II. je doute qu'on les trouve solides.

Ce que l'Auteur ajoute, par rapport aux charges publiques, demande aussi quelque temperament: car, généralement parlant, on ne peut pas imposer une charge à un particulier sans l'indemniser par quelque équivalent; l'égalité des conditions ne souffre point une disposition arbitraire de la part du Souverain.

§. MLVIII. (*k*) On voit encore par ce paragraphe jusques où on peut étendre les droits de Souveraineté, dès qu'on admet les principes de notre Auteur.

§. MLIX. (*l*) Le droit de frapper monnoye a toujours été regardé, comme un des droits les plus essentiels de la Souveraineté; & avec raison, parce que ce qui doit servir de mesure commune, pour apprécier la valeur des choses, & de ce qui fait l'objet des engagements que les hommes prennent mutuellement, ne peut dépendre du jugement ni de la volonté de chaque particulier. Voyez BODIN. *de Rep. Lib.* I. *C.* 10. CARPZOV. *Pract. crim. P.* I. *Qu.* 42. LOYSEAU *Traité des Seigneuries*, *Ch.* III. *p.* 40. *n.* 35. *Ed.* 1619. *in* 4. MARQ. FREHER *de re Monet. L.* II. *C.* I.

§. MLX. (*m*) Notre Auteur restreint avec raison le droit de remettre à d'autres, l'exercice de quelques-unes des parties de la Souveraineté, à celles qu'il nomme emplois subalternes, (*functiones minores*), & on auroit tort de s'imaginer, qu'un Souverain a droit de faire faire par un autre tout ce qu'il a droit de faire lui-même.

vices rendus à l'état, ou à la personne du souverain (§. MXLI.), par lesquelles les sujets sont obligés à rendre des services (§. XXXV.), *le droit de conférer des titres & la préséance appartient aux droits de majesté* (§. MXLII.). Et comme ces titres & cette préséance sont attachés aux emplois publics, entant que ceux qui les exercent servent l'état, les Romains appelloient *honneurs* les emplois publics, auxquels étoit attachée quelque dignité.

Comment on doit exercer ce droit. §. MLXII. Comme l'empire public doit être exercé d'une façon conforme au salut public (§. DCCCCLXXVI.), *il ne faut conférer les emplois publics qu'à des personnes capables*, c'est-à-dire, *qui ont non-seulement les facultés suffisantes pour les bien remplir, mais aussi une volonté constante & perpétuelle de le faire:* par conséquent *les emplois publics ne doivent pas être vendus, ni conférés au plus offrant;* & *il ne faut pas souffrir* non plus *que ceux qui les conférent, ou qui doivent recommander ou présenter au souverain des personnes capables, reçoivent des présents de ceux qui prétendent à quelque emploi.* C'est pourquoi comme on appelle *brigue* le crime, par lequel quelqu'un se procure quelque emploi public, ou des dignités civiles, en donnant de l'argent, ou en corrompant les suffrages de quelqu'autre maniere illicite que ce soit; *il ne faut pas souffrir les brigues:* par conséquent *il faut les réprimer par des peines;* & même *si l'état a souffert quelque dommage par l'élection d'un sujet indigne, celui qui étoit chargé de la collation de l'emploi public, est obligé à réparer ce dommage* (§. CCLXX.). (*n*)

De la déposition, de la suspension & de la demission d'un emploi. §. MLXIII. On dit qu'*on dépose* quelqu'un *d'un emploi*, quand on l'en prive malgré lui; on le *suspend* quand on l'empêche de l'exercer pendant un certain temps, ou pour un temps indéfini; & on lui *donne sa démission*, quand le souverain consent à sa prière qu'il ne l'exerce plus. Puisque *la collation des emplois se fait par une convention entre le collateur, & celui à qui on le confere*, par laquelle celui-là confie l'administration ou l'exécution de certaines affaires (§. MLX.), & promet un salaire, & celui-ci promet d'administrer ou d'exécuter diligemment ces affaires (§. CCCCXXXVIII.), *personne ne peut abdiquer un emploi sans le consentement du souverain, ou de celui qui en tient le droit* (§. CCCXLI.), & *on ne peut être déposé ni suspendu sans quelque juste cause*, telle que seroit *la négligence ou la fraude dans l'exercice de l'emploi* (§. CCCCXLII.), *ou la nécessité d'une punition* (§. MXLVIII.). Il paroit donc que *le droit de déposer, de suspendre, & de donner la démission d'un emploi appartient au souverain.*

Du droit sur les choses sacrées. §. MLXIV. On appelle *droit sur les choses sacrées*, ou *sur la religion*, le droit d'ordonner des choses qui regardent le culte divin, ou l'église. Comme le souverain doit avoir soin du culte divin extérieur, comme de faire bâtir des temples,

§. MLXII. (*n*) Rien n'est plus sensé & plus vrai, que ce que l'Auteur enseigne ici sur le devoir de ne conférer les emplois, qu'à des sujets qui sont dignes de les posséder & propres à les bien remplir; car dans l'administration d'une affaire, quelle qu'elle soit, le succès dépend toujours de la capacité de celui qui en a la principale conduite: malheureusement pourtant, quelque sensible que soit la vérité que nous venons de proposer, malgré l'expérience qui la confirme à chaque heure du jour, ne la voit-on guères observée & suivie dans la pratique. Au reste notre Auteur décide trop généralement, que les emplois publics ne doivent pas être vendus: j'accorde que les moyens pecuniaires ne doivent jamais faire un titre pour obtenir un emploi; mais je ne vois pas pourquoi l'on ne pourroit pas préférer entre plusieurs personnes, propres à remplir un même emploi, celui, qui se trouveroit en état de reconnoitre la préférence, qu'on lui donne, par un don au profit de l'Etat. Tel est riche, donc il est digne de tel emploi; est, je l'avoue, un

ples, de fixer des jours de fêtes, d'établir des docteurs publics (§. MXXIV.), & par conséquent qu'on fasse un bon usage des choses sacrées (§. MXXV.), & que les choses ecclésiastiques soient bien dirigées (§. MXXVI.), *le souverain a quelque droit sur les choses sacrées.* Mais comme l'empire qui renferme tous les droits qui y appartiennent, & par conséquent le droit sur les choses sacrées, peut se diviser en parties potentielles (§. DCCCCLXXXIII.), & peut aussi être transféré lorsqu'il est divisé (§. DCCCCLXXXII.), *le droit sur les choses sacrées peut être séparé des droits séculiers, & le peuple peut ou se le reserver, ou le déférer separément à quelqu'autre.* Comme les choses qui appartiennent au culte divin intérieur, & celles qui y sont inséparablement attachées dans le culte extérieur, sont ou des dogmes théorétiques touchant Dieu & sa volonté, ou des dogmes pratiques touchant ce qu'on doit faire (§. CLXXVIII.), & comme on ne peut pas vous commander de regarder comme vrai, ce dont vous n'êtes pas convaincu ou persuadé par des raisons, *le droit sur les choses sacrées, tel qu'il appartient originairement au peuple, ne peut s'étendre aux choses qui appartiennent au culte divin intérieur, ni à celles qui y sont indissolublement attachées dans le culte extérieur, sinon entant* que pour éviter les troubles, *on peut decider provisionnellement une controverse née dans l'église,* de façon qu'on sache ce qui doit s'enseigner publiquement, *ou qu'on peut établir quelque chose fixe,* comme, par exemple, qu'il soit libre à chacun de proposer son sentiment, & de le défendre par des raisons, sans insulter ou sans persécuter l'autre parti, ou qu'on se taise dans le culte divin public sur l'article controversé. Mais *quant aux choses qui peuvent se faire de plusieurs manieres dans le culte extérieur, sans nuire au culte intérieur, celui qui a le droit sur les choses sacrées, peut en ordonner comme il lui paroitra convenable pour le bien de la société civile ou de l'église* (§. DCCCCLXXVI.). Comme l'empire civil doit se mesurer par le but de la société civile (§. DCCCCLXXX.), *le droit sur les choses sacrées, par rapport aux actes qui ont rapport à l'etat, ou dont l'execution a besoin du bras séculier, & entant que l'eglise a besoin de la protection civile,* ce droit, dis-je, *est dépendant de l'empire civil.* Le Prince étant obligé d'observer les loix fondamentales (§. DCCCCLXXXIV.); *si les loix fondamentales ont réglé quelque chose touchant le droit sur les choses sacrees,* comme, par exemple, qu'on ne tolérera pas des religions différentes de celle que le peuple professe, ou que le Prince ne sera pas d'une autre religion, *le Prince est lié par ces loix.* S'il n'y a aucune loi fondamentale qui l'empeche de statuer à son gré ce qu'il trouvera bon, *il peut tolérer dans l'état quelque religion que ce soit, pourvû qu'elle ne soit point contraire à l'etat civil, & il peut prescrire les conditions, sous lesquelles il veut qu'elle soit tolerée.* (o)

§. MLXV.

un argument très-vicieux: mais je ne trouve pas non plus celui-ci tout-à-fait concluant: tel est digne d'un emploi, donc il faut le lui conférer sans rien exiger de lui. Il en est de ce sujet comme de bien d'autres: il faut distinguer. Les emplois ne sont pas tous de la même nature: Vouloir mettre à prix l'emploi de Général, de Juge, de Professeur, c'est supposer qu'il ne faut que des talents ordinaires & des connoissances & des lumières mediocres pour s'en bien acquiter: or cette supposition n'est pas fondée. Vouloir qu'on donne l'emploi d'un Clerc, d'un Huissier, d'un Commis, sans rien exiger de celui qui par-là obtient un état & un établissement, c'est supposer qu'il faut des talents supérieurs pour remplir ces offices.

§. MLXIV. (o) Ce paragraphe contient des principes qui méritent beaucoup d'attention, & non moins de prudence dans l'application. Voyez la note de BARBEIRAC sur PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens, Liv.* VII. *Chap.* IV. § II. *n.* 1 & 2. V. D. MARCK *Lect. Acad. Tom* II. *Fasc* I.

§. MLXV.

Du domaine & du pouvoir éminent. §. MLXV. Le droit de disposer des choses qui appartiennent en propre aux citoyens, pour l'utilité publique, dans un cas de necessité s'appelle *domaine éminent*, le droit de disposer pour pareille cause, dans un cas de néceffité aussi, des personnes des citoyens, s'appelle *pouvoir éminent*, l'un & l'autre réunis s'appellent *droit éminent*, c'est-à-dire, sur les choses & sur les personnes des citoyens. Ainsi *le souverain a le domaine & le pouvoir éminent, ou le droit éminent* (§. DCCCCLXXVI.), & *l'un & l'autre de ces droits est une sorte de droit de nécessité, & ne peut avoir lieu, que lorsque c'est l'unique moyen d'avancer le salut public dans les cas qui surviennent*; & puisque les choses sacrées & ecclésiastiques appartiennent à quelque église particuliere dont les citoyens sont membres (§. MXXVI.), *le souverain peut* aussi *disposer des choses sacrées & ecclésiastiques, en vertu du domaine éminent, non pas cependant sans le consentement de celui qui a le droit sur les choses sacrées, si ce droit a été séparé du gouvernement seculier* (§. MLXIV.). Comme le domaine & l'empire sont des droits absolument distincts, dont l'un est absolument indépendant de l'autre (§. CXCV. DCCCXXXIII.); *si le Roi est maitre de quelques fonds privés, cela ne regarde point l'empire, & ne change rien à l'empire même, ni à la maniere de le posséder.* (*p*)

Du droit de guerre. §. MLXVI. Comme le *souverain* est obligé de défendre l'état contre la force étrangère, & par conséquent de poursuivre par la force les droits de son peuple & de chacun de ses sujets contre les autres nations (§. DCCCCLXXII.), il *a* aussi *le droit de guerre contre les autres nations* (§. XCVIII.), & *ce droit appartient aux droits de majesté* (§. MXLII.). On appelle *guerre publique*, celle qui se fait ainsi contre les autres nations par le droit de la société civile.

Du droit de traiter avec les autres nations. §. MLXVII. Enfin puisque *le souverain* doit avancer le salut du peuple par tous les moyens possibles (§. DCCCCXCII. DCCCCXCVI.), *s'il peut avancer le salut des citoyens par le moyen & par le secours des autres nations, il peut faire des conventions ou des traités à cette fin avec les autres nations.* Mais nous aurons à parler du droit de guerre, & du droit de faire des traités avec les autres nations, quand nous traiterons du droit des gens. (*q*)

§. MLXV. (*p*) Il n'est pas douteux que, dans un cas d'extrême nécessité, le Souverain ne puisse employer le droit, dont il est question dans ce paragraphe; mais rien n'est plus ordinaire, que de voir alleguer une extrême nécessité, pour commettre des injustices & priver les Citoyens de leurs droits.

§. MLXVI. & MLXVII. (*q*) Dans le systême féodal chaque membre du corps civil a droit de guerre & de paix; & de faire des alliances pour son avantage & sa sûreté particuliere. L'Histoire du moyen âge nous fournit une infinité d'exemples de l'usage qu'on a fait de ce droit; & vraisemblablement jamais la Province de Hollande ne seroit ce qu'elle est aujourd'hui, ou ce qu'elle a été sous le regne des Comtes, si les villes n'avoient usé du droit de faire des alliances, & de celui de faire la guerre & la paix. Ce caractere de la constitution féodale paroit avoir échappé à l'attention de Mr. DE BYNCKERSHOEK; à en juger par ce que nous lisons dans ses *Questions du Droit Public*, *L.* I. *Ch.* XXIII. & *L.* II. *Ch.* III. & IV. Au reste notre Auteur a encore suivi ici PUFENDORF. Voyez *Droit de la Nat. & des Gens*, *Liv.* VII. *Ch.* IV.



CHA-

CHAPITRE V.

De la théorie naturelle des loix civiles. (†)

§. MLXVIII. On appelle *loix civiles*, les loix que le souverain donne aux sujets dans la société civile. Puisque les diverses sociétés civiles sont considérées entr'elles, comme des personnes libres, vivant dans l'état de nature (§. DCCCCLXXVII.), *les loix civiles n'obligent que les membres de la société civile, dans laquelle on les fait :* par conséquent *si on reçoit des loix étrangeres, elles tirent leur force obligatoire de la volonté du souverain qui veut qu'elles soient des loix de son état.* Puisque le salut public est la loi suprême (§. DCCCCLXXVI.), *il ne faut pas recevoir des loix étrangères avant qu'il soit démontré, que le bien commun d'une telle société civile peut être avancé par ce que ces loix prescrivent ; si* donc *les choses venant à changer, ou si reconnoissant qu'on s'est trompé, on découvre qu'elles ne sont pas un moyen d'avancer le bien commun, il faut les abroger,* ce qu'il faut observer en général à l'égard de quelque loi que ce soit. (*r*) *Des loix civiles.*

§. MLXIX.

(†) CHAP. V. Notre Auteur a fait voir dans le §. MXLIII. que la puissance législative, c'est-à-dire, le pouvoir de faire des loix, est un des attributs de la Souveraineté. Dans ce Chapitre-ci il fait connoitre les principales regles, qui doivent guider le Souverain dans l'exercice de ce pouvoir: il indique ce qu'il y a à observer pour adapter & conformer les loix naturelles à l'état civil, & comment les loix civiles doivent être constituées, afin de ne pas heurter les préceptes de la Loi de la Nature, qui servant de regle à toutes les actions humaines, doit aussi faire celle de la volonté du Souverain dans l'exercice du pouvoir législatif. Cette partie des Institutions de notre Philosophe, outre qu'elle est très importante par elle-même, a d'ailleurs le merite qu'aucun Auteur avant lui ne l'a traitée: il le fait avec une simplicité merveilleuse, & avec une clarté & une évidence qu'on ne peut assez admirer. Il la developpe dans le Chap. V. du VIII. Tome de son grand Ouvrage, qu'on fera bien de consulter.

§. MLXVIII. (*r*) Les Loix civiles étrangeres ne doivent être adoptées, qu'après que leur utilité a été reconnue, dit notre Auteur: on pourroit lui demander par quelle voye cette utilité doit se manifester? l'utilité d'une chose ne se manifeste ordinairement que par l'expérience, & souvent une Loi très utile à une Nation, feroit très desavantageuse pour une autre: desorte que l'utilité & l'avantage que certains peuples retirent de leurs loix ne sont pas des motifs sûrs pour les admettre dans un autre pays. Le manque de Loix nous fait sentir la nécessité d'en avoir & d'en faire: c'est cela qui a porté les Romains à en chercher en Grèce; c'est cela qui a donné lieu à la compilation de ce corps immense, qu'on nomme Droit Romain; c'est cela qui a fait former cet autre assemblage connu sous la denomination de Droit Canon: c'est cela qui a fait regarder ces deux collections de Regles, d'Avis, de Rescripts, d'Edits, comme des corps qui pouvoient tenir lieu d'une Jurisprudence universelle, & dans laquelle on pouroit apprendre à discerner le juste de l'injuste pour tous les cas, que les actions humaines peuvent faire naitre, & qui se modifient à l'infini; c'est cela encore, c'est le manque de regles dans les procedés destinés à décider les differents des particuliers, qui a fait adopter les formes judiciaires, dont on use pour prevenir les fraudes & les surprises. Il n'est pas donné à l'homme d'user des choses sans commettre des abus : mais ces abus ne prouvent pas le vice des Institutions, ni l'erreur de ceux qui les ont faites. Si par la suite des tems on a donné à des Loix étrangeres beaucoup plus d'influence & beaucoup plus d'étendue, que ne l'ont fait ceux qui en ont recommandé l'usage, & que ne le comporte la nature même de la Législation; si les formes judiciaires sont quelquefois employées dans d'autres vues, que celles qu'avoient ceux, qui les ont etablies; c'est un défaut qu'il faut imputer aux hommes & non pas à la chose.

Par rapport à l'acte d'admettre des Loix étrangeres, il faut observer I. si l'on peut en admettre: c'est-à-dire, si le Souverain peut dire; telle Loi,

Du rapport des loix civiles aux loix naturelles préceptives & prohibitives.

§. MLXIX. Puisqu'une obligation naturelle est immuable (§. XXXVIII.), & que personne ne peut en être libéré (§. XLII.), *les loix civiles ne doivent pas être contraires aux loix naturelles préceptives, & prohibitives*, par conséquent *une loi civile ne peut pas rendre illicite ce qui est naturellement dû, ni dû ou licite ce qui est naturellement illicite* (§. XLIX.). C'est pourquoi *si par une loi civile on permet tacitement, ce qui est contraire à une loi naturelle préceptive ou prohibitive, on ne fait que la tolérer, ou en accordant l'impunité à ceux qui la font, ou en refusant l'assistance du juge, pour éviter un plus grand mal, ou parce qu'il est nécessaire que cela se fasse pour quelque autre cause* (§. DCCCCLXXVI.). *En permettant une chose contraire à une loi naturelle préceptive ou prohibitive, la loi civile ne restreint pas la liberté naturelle au-delà de ce qu'exige le but de la société* (§. LXXVIII. DCCCCLXXX.). Mais comme en permettant, le souverain veut qu'un autre n'empêche pas par la force, que celui qui veut agir agisse, *si la loi civile permet quelque chose, la loi permissive oblige les autres à ne pas empêcher par la force, que quelqu'un fasse ce qui est permis, & de-là nait le droit qu'a l'agent de ne pas souffrir qu'on l'empêche par la force d'agir* (§. XLVI.). (*s*)

Des loix civiles qui ne different pas matériellement des loix naturelles.

§. MLXX. Si l'obligation naturelle n'est pas assez efficace pour faire observer les loix naturelles, qu'il est cependant necessaire qu'on observe dans l'état, *les loix naturelles auxquelles on attache des peines*, dont la crainte produit une obligation positive, plus forte que l'obligation naturelle (§. XXXV. XCIII.), *deviennent des loix civiles*, entant qu'elles contiennent des peines, qui ne sont point déterminées par la loi naturelle (§. XXXIX.); & meme la crainte de l'exécution que feroit le juge (§. MXXIX.), & la connoissance que l'on a qu'il annulleroit, ou qu'il casseroit ce qu'on pourroit faire, ayant la force d'obliger (§. XXXV.), *les loix naturelles prennent la forme de loix civiles, entant qu'elles sont soutenues dans les tribunaux.* (*t*)

Du rapport des loix civiles aux loix naturelles permissives, & aux devoirs d'humanité.

§. MLXXI. Comme dans la société civile la liberté de chacun est restreinte, par rapport aux actions qui intéressent le bien public (§ DCCCCLXXX), *le souverain*

Loi, reçue en tel pays, aura force de Loi ici. 2. Comment on peut & comment on doit admettre les Loix civiles étrangeres. 3. S'il est possible dans un sens moral, ou moralement parlant, qu'un Souverain puisse donner force de Loix à un corps de Droit dont toutes les parties ne quadrent point avec la constitution des pays soumis à sa puissance. Par rapport au premier point, il me semble qu'on ne peut gueres hésiter: pourquoi, par exemple, les Etats de Hollande ne pourroient-ils pas (sauf les priviléges & loix municipales) statuer que les Ordonnances de Louïs XIV. sur le Commerce des Négociants & Marchands auroient lieu en Hollande, si les Etats jugeoient que ces Ordonnances fussent compatibles avec le genie de la Nation & utiles pour le Commerce. Quant au second point, il est incontestable qu'en admettant des Loix étrangeres, on doit leur donner les mêmes caracteres & les mêmes propriétés, qui sont requis pour donner force & vigueur aux loix que le Souverain fait porte & établit d'ailleurs; & pour ce qui concerne le troisième point, il me paroit impossible, dans un sens moral, qu'un Souverain puisse adopter tout le corps de Législation d'un Peuple étranger; attendu que cet acte suppose, que la Nation, dont il est le chef, s'accorde, tant pour le genie le terroir, la constitution du gouvernement, que pour les mœurs, la religion, & mille autres circonstances, avec celle dont il emprunteroit ce corps de Législation: or cette conformité étant impossible, il est impossible dans un sens moral, qu'un Souverain puisse donner force de Loix à un corps de législation étrangère. Peut-être jamais l'esprit de l'homme ne s'est-il formé un but plus extravagant, que celui de faire servir un corps de Loix, comme celui que nous avons des Romains, de Législation à tous les Peuples: & peut-être n'y a-t-il point d'erreur de Logique plus grossière, que celle de supposer qu'un Souverain a le pouvoir de donner cette vertu à un amas tel qu'est celui, que l'on nomme Droit Romain: du moins est-ce un travers d'esprit impardonnable de prétendre, (comme le font quelques Savans) qu'il faut une abrogation ou revocation, soit expresse soit tacite du Souverain, pour ôter la force de loi, à des maximes,

rain peut, par la loi civile, faire de ce qui est naturellemen licite, une chose due ou illicite, & de ce qui est imparfaitement dû, ou d'un devoir d'humanité, faire un devoir parfait, selon que cela convient au but de la société civile (§. XLIX. LXXX.). Ce que chacun peut faire par les conventions en vertu de la liberté naturelle (§. DCLXVII.), le supérieur, au droit de qui est assujettie la liberté de chacun, peut le faire aussi autant que le but de la société civile l'exige (§. DCCCCLXXX.). Il suit de-là que, *si une chose peut se faire de plusieurs manieres, le Souverain peut ordonner, que cela se fasse de telle ou telle maniere, & que* par conséquent *un acte ne soit pas valide civilement, à moins qu'il ne soit fait de la maniere que la loi prescrit. Il faut rapporter ici la détermination que fait le Souverain de la maniere, dont on peut satisfaire à une obligation naturelle, & les précautions qu'il prend pour qu'on ne commette rien qui y soit contraire, ou pour qu'il y ait dans le contract, ce qu'on y peut ajouter par la convention, ou qu'on mette une condition que les contractants pouvoient mettre.* (u)

§. MLXXII. *Le Souverain* devant avoir soin que, par le moyen des juges, chacun ait ce qui lui appartient (§. MXXVIII. MXXIX.), il est aisé de voir, qu'*il doit prendre garde que les procès ne se multiplient pas trop, & qu'il n'en naisse pas d'autres de ceux qu'il y a déjà, qu'ils ne trainent pas dans les tribunaux, & qu'ils se terminent.* C'est pourquoi *on ne peut pas permettre de plaider devant les tribunaux pour la plus légère lésion*, d'autant plus que, même dans l'état naturel, la prudence ou la charité veulent qu'on s'abstienne de la guerre pour des lésions de peu d'importance, & que souvent il faut punir la négligence, pour qu'on apprenne à négocier avec plus de précaution dans la suite; & *si les déterminations ajoutées à la loi naturelle sont difficiles ou sont tout à fait impossibles à prouver, il leur en faut substituer d'autres faciles à prouver, qui leur soient probablement ou le plus souvent équivalentes.* Il suit de-là, que *la loi civile doit déterminer les lésions, pour lesquelles il faut*

Des loix civiles qui different matériellement des loix naturelles.

mes, des sentences, des édits, des rescripts qui constituent la Législation étrangere, quelque incompatibles que ces maximes, ces sentences, ces rescripts puissent être avec le genie, les mœurs, & les us & coutumes de la Nation, qui en a adopté l'usage chez elle. Voilà comme les choses les plus utiles à la société humaine peuvent être tournées à son détriment.

§. MLXIX. (s) Ce paragraphe répond à ce passage des *Institutes* de JUSTINIEN: *Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræque observantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent.* §. II. *Inst. de Jur. Nat. & Gent.* Voyez VINNIUS sur cet endroit, PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *Liv.* I. *Chap.* II. §. 6. sur-tout GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *Liv.* I. *Chap.* I. §. 10. *n.* 5. & ses Commentateurs.

§. MLXX. (t) Remarquez, que quoique les Loix civiles n'ayent point statué de peine ou de punition sur quelques actions naturellement mauvaises, il ne s'ensuit pas pour cela, qu'on n'en puisse point infliger à ceux qui les commettroient; mais dans un état civil, dans lequel les Juges sont tenus de juger & de prononcer, suivant des loix établies, il ne leur est point permis de prononcer une peine sur des actions, auxquelles la Législation n'en a point attaché, bien-qu'elles fussent moralement mauvaises. Remarquez encore, que le droit de punir se borne aussi dans l'état naturel aux actions moralement mauvaises qui nuisent au droit d'autrui: desorte qu'il ne suffit pas, pour user du droit de punir, que quelqu'un fasse une action moralement mauvaise, mais il faut que cette action blesse notre droit. Aussi les Loix civiles ne l'étendent-elles guères plus loin. Voyez PUFENDORF dans son Traité *de concord. polit. cum relig. christ.*

§. MLXXI. (u) C'est ainsi, par exemple, qu'un Souverain ôte la validité à un testament, à un contract de vente, de loyer, ou à quelqu'autre acte, s'il n'a été fait en présence d'un certain nombre de témoins, sur un papier timbré, ou bien accompagné d'autres circonstances prescrites par la loi: c'est ainsi que les Romains ne faisoient pas droit sur certains engagements, comme les *nuda*

faut donner ou refuser du secours dans les tribunaux, & les fautes qu'il faut réparer selon la différente nature des affaires. (x)

D'où il faut tirer la raison des loix civiles, qu'on doit former des loix naturelles.

§. MLXXIII. Comme les loix civiles doivent prescrire les moyens de procurer le bien commun de la société civile (§. MLXVIII.), *la raison de ce qu'il faut ajouter à la loi naturelle ou en retrancher, pour en faire une loi civile, doit être tirée de la nature de l'état ou de la société civile en général, ou de celle dans laquelle on fait la loi en particulier.* Et il est évident que, *si les loix civiles doivent s'accorder, il faut admettre des choses, qui ne sont pas tout-à-fait conformes au droit naturel, & qui découlent nécessairement d'autres loix civiles.* C'est pourquoi puisqu'on ne peut supposer, que la volonté du législateur soit contradictoire, *ce qui découle nécessairement d'une loi civile, doit aussi être regardé comme une loi.*

Des erreurs à éviter au sujet du Droit naturel.

§. MLXXIV. Puisqu'il paroit par ce que nous avons dit jusqu'ici, que les loix civiles se doivent faire des loix naturelles, *le législateur doit prendre garde de ne pas prendre pour droit naturel des erreurs communes;* par conséquent *si par l'ignorance des temps il s'est glissé quelques erreurs dans les loix civiles, ou qu'on en ait tiré quelques-unes, par voye de conséquence, d'autres loix qui avoient ce défaut, il faut les abroger, ou les reformer d'une façon conforme à la vérité.* (y)

nuda pacta. D'ailleurs qu'on se rappelle sur le contenu & l'application de ce paragraphe, ce que j'ai observé ci-dessus.

§. MLXXII. (*x*) Qu'on fasse attention en lisant ce paragraphe, que le mot *petit* exprime quelque chose de relatif: une lésion est petite relativement à celui qui en souffre peu; mais elle est très grande relativement à celui qui en souffre beaucoup: ôtez à un Richard mille louïs, vous lui ferez moins de tort, qu'en faisant manquer un louïs à un pauvre artisan. Tout homme a droit qu'on lui fasse justice: le pauvre autant que le riche: le pauvre merite même plus d'attirer l'attention des juges, parce que son état l'expose sans cesse à être opprimé.

§. MLXXIV. (*y*) Il n'est pas possible qu'il ne s'introduise avec le temps des abus dans les tribunaux, & qu'on n'admette des coutumes & des usages contraires aux loix, soit naturelles soit civiles. La pente naturelle des hommes, qui les porte à donner à leur pouvoir plus d'étendue qu'ils ne devroient, les situations de certaines personnes qui préferent de ceder plutôt que de défendre leurs droits; d'autres qui cedent parce qu'ils n'ont pas les moyens de resister, enfin mille autres sources de corruption tendent sans cesse à pervertir les loix, par des us & coutumes contraires, desorte qu'il seroit très utile, que les sociétés civiles eussent soin de faire mettre en pratique, ce que notre Philosophe leur recommande ici.



CHA-

CHAPITRE VI.

Des devoirs des Souverains & des Sujets. (†)

§. MLXXV. L'exercice de l'empire civil s'appelle *gouvernement*, ou *administration*; puis donc que les sociétés civiles ont été établies pour avancer le bien public (§. DCCCCLXXII.), & que l'empire civil consiste à déterminer les actions des citoyens, & les choses qui servent à obtenir le bien public (§. DCCCCLXXVIII. DCCCCLXXX.), *le Prince gouverne bien l'Etat, s'il fait ce qui est requis pour avancer le bien public; il gouverne mal s'il fait ce qui est contraire au bien public; & il est obligé de bien gouverner.* (z) *Du bon & du mauvais gouvernement.*

§. MLXXVI. C'est pourquoi *le Prince doit être instruit des choses requises pour un bon gouvernement, & avoir une volonté constante & perpétuelle de ne faire, que ce qui convient à un bon gouvernement.* Mais comme il est impossible que toutes les affaires publiques, & sur-tout celles qui se présentent tout-à-coup lui soient parfaitement connues, *il doit se servir du rapport & du conseil d'hommes sages, dont les uns excellent dans un genre d'affaire, les autres dans un autre.* On les appelle des *Conseillers*, & on les distingue en différentes classes, suivant la diversité des affaires, pour lesquelles on se sert de leurs conseils. *Les Conseillers doivent* donc *non-seulement connoitre bien les affaires, mais aussi rapporter fidellement tout ce à quoi il faut faire attention dans les cas qui se présentent, ne rien celer, & être éloignés de toute flatterie.* (a) *Des qualités du Prince, & des Conseillers requis pour un bon gouvernement.*

§. MLXXVII. Comme l'exemple du Prince a beaucoup d'influence sur les sujets, il *doit se distinguer par toutes sortes de vertus & par sa piété* (§. MXXIV.). Et pour avoir une volonté constante & perpétuelle de bien gouverner (§. MLXXV.), *il doit aimer son peuple.* *De la vertu du Prince.*

§. MLXXVIII. Comme il doit bien gouverner l'Etat (§. MLXXV.), *il ne doit pas confondre la souveraineté de l'empire avec le pouvoir arbitraire;* par conséquent *il doit bien connoitre la nature des droits de majesté & leur légitime usage* (§. MXLII.), *de même que les loix fondamentales, s'il y en a, qu'il est obligé d'observer* (§. DCCCCLXXXIV.); par conséquent *il doit faire attention à tout ce que nous avons démontré, touchant la bonne constitution de l'état* (§. MXVII.). (b) *Qu'il doit éviter l'abus du pouvoir.*

§. MLXXIX. Comme l'empire souverain ne permet pas, que les actes qui ap- *De l'obéissance des sujets.*

(†) CHAP. VI. Le sujet de ce Chapitre a été traité par une infinité d'Auteurs. Notre Philosophe le présente dans un ordre & dans une liaison qui en font voir tous les principes & le développement: cependant il faut toujours se rappeller le premier principe d'où il part, & sur lequel je me suis expliqué ci-dessus.

§. MLXXV. (z) Ce paragraphe suppose, que l'Administrateur de la chose publique (*Rector civitatis*) peut seul juger de ce qui est du bien de l'Etat, & qu'il a droit d'employer tous les moyens qu'il juge pouvoir y conduire.

§. MLXXVI. (a) Voyez PUFENDORF *de Offic. hom. & civ. L.* II. *C.* XI. §. 2. & §. 9. *Droit de la Nature & des Gens, Liv.* VII. *Chap.* IX. §. 2. & §. 9. & les notes des Commentateurs sur ces endroits.

§. MLXXVIII. (b) Voyez NOODT *Discours sur le pouvoir souverain* dans le *Recueil des Discours*, publiés en deux vol. in-12°. par BARBEIRAC.

appartiennent à son exercice soient rendus inutiles par aucun homme (§. DCCCCLXXXI.), *l'empire souverain est irrésistible en soi*, par conséquent *le peuple ne doit pas résister dans les choses, dans lesquelles le Prince a la souveraineté de l'empire.* Et comme l'empire ne peut être transféré sous la condition, que le peuple entier obéira à celui qui gouverne bien, & qu'il pourra résister à celui qui gouverne mal & le reprimer, *le peuple est obligé d'obéir avec patience au Prince, dans les choses dans lesquelles il a le souverain empire*, c'est-à-dire, qu'*il doit obéir non-seulement à celui qui gouverne bien l'état, mais aussi à celui qui le gouverne mal;* ce qui ne doit pas paroître dur, puisqu'il vaut mieux vivre sous un mauvais gouvernement, que dans l'état de nature (§. DCCCCLXXII.). (*) Mais comme personne ne peut être libéré d'une obligation naturelle (§. XLII.), *si le Souverain commande des choses contraires à une loi naturelle préceptive ou prohibitive, il ne faut pas obéir; & si l'on est puni, ou plutôt maltraité pour cela, il faut le souffrir patiemment.* Et comme le Souverain n'a aucun droit de commander des choses contraires aux loix fondamentales (§. DCCCCLXXXIV.), *il ne faut pas obéir* non plus *s'il commande des choses contraires aux loix fondamentales, & même il est permis de résister au Souverain & de le reprimer, s'il usurpe les droits, que le peuple & les Grands se sont reservés* (§. LXXXVIII. XC.). (*c*)

Des supplications. §. MLXXX. On dit qu'on *supplie*, lorsqu'on prie avec respect que quelque chose se fasse ou ne se fasse pas; c'est pourquoi puisqu'il faut des motifs pour faire quelque chose, *il est permis au suppliant d'exposer humblement les raisons pour lesquelles une chose doit se faire ou ne se pas faire;* & puisqu'il peut arriver que *le souverain* commande des choses qui paroissent trop dures, ou déraisonnables, parce qu'il ne connoit pas assez pourquoi cela paroit ainsi, *s'il commande une chose qui paroit trop dure ou déraisonnable, il est permis aux Sujets de supplier, & les magistrats sur-tout ont le droit de supplier au nom des sujets* (§. MLX.), *mais point celui de résister aux injures du souverain*, puisqu'ils n'ont qu'un droit que leur a accordé le souverain, & qu'ils doivent exercer dépendamment de sa volonté (ibid.). *Si la supplication, quoique juste, n'est pas écoutée, les sujets doivent le souffrir patiemment* (§. MLXXIX.).

Du royaume abdiqué, abandonné ou commis. §. MLXXXI. *Si le Roi a abdiqué l'empire, ou qu'il l'ait abandonné, ou qu'il ait commis son royaume par félonie envers celui dont il est le fief, ou en vertu d'une clause mise lorsqu'on lui a déféré l'empire, comme, par exemple, que si le Roi fait telle chose, les sujets seront dégagés de toute obéissance*, comme le Roi est une personne morale, qui est Roi à cause de l'empire qu'il a (§. DCCCCXCIV.), & que par consé-

(*) Voyez ci-dessus la note sur le §. DCCCCLXXXV. Si le principe contenu dans ce paragraphe est faux, la conséquence qu'on en tire est fausse aussi prise dans cette généralité, qu'il n'est jamais permis de résister au Prince, quelque mal qu'il gouverne: & l'autre principe que Mr. WOLFF, qui sent combien sa thèse est dure, appelle ici à son secours, quand il dit qu'il vaut mieux vivre sous un mauvais gouvernement, que dans l'état de nature, ce principe, dis-je, n'est pas plus propre à prouver sa thèse, puisqu'il n'est pas nécessaire, comme il semble le supposer, qu'on retombe dans l'état de nature, dès qu'on resiste au gouvernement établi: on peut y resister pour le corriger. Il est vrai pourtant, qu'il vaut souvent mieux souffrir patiemment un mauvais gouvernement que de lui resister, à cause des maux & des désordres que cette resistance entraine nécessairement; ce n'est que lorsque le Souverain viole le contract, sur lequel la société civile, & par conséquent la souveraineté est fondée, d'une façon insupportable qui semble telle à tout le peuple, & qui cause plus de maux que la resistance n'en pourra causer, qu'il est permis de se soulever contre son gouvernement. Dans ce cas pourquoi ne pas observer par rapport à la conven-

féquent il ceffe d'être Roi, en perdant la royauté, *il retombe dans l'état de simple particulier, & ce qui est permis à l'égard d'un particulier, l'est aussi à son égard.*

§. MLXXXII. Puisque perfonne ne doit rien faire contre le droit d'un autre (§. LXXXVI.), *aucun citoyen ne doit rien faire qui foit contre les droits de majesté*; par conféquent *il ne doit rien machiner contre la perfonne de celui qui a les droits de majesté, & par là l'empire fouverain dans la fociété civile* (§. DCCCCXCVIII.), *ni rien faire par où quelqu'un des droits de majesté, ou tout le fouverain empire lui feroit ôté, ou feroit diminué, ou par où fon ufage feroit empêché de quelque façon que ce foit* (§. LXXXIII.). C'eft pourquoi *il ne doit rien entreprendre qui tende à bouleverser, ou à ébranler l'état, ou à la ruine du Prince.* Comme on appelle *crime de léze-majesté*, un fait par lequel on commet quelque chofe contre les droits de majefté, & par conféquent contre la perfonne de celui qui a le fouverain empire, ce crime *est naturellement illicite, ou contre le droit naturel.* Et comme le Souverain a le droit de punir celui qui viole le droit qui appartient à tout le peuple, tels que font les droits de majefté renfermés dans l'empire (§. DCCCCLXXIX. DCCCCXCVIII.), & transférés au Prince (§. DCCCCLXXXII.), *le Souverain a* auffi *le droit de punir celui qui commet un crime de léze-majesté.* Mais comme les droits de majefté ne font pas tous du même degré, ce qui paroit par ce que nous avons démontré touchant ces droits (§. MXLII. & fuiv.), & comme les faits commis contre ces droits ne nuifent pas tous également à l'état, *tous les crimes de léze-majesté ne doivent pas être punis de même.* On appelle en particulier *crime de léze-majesté au prémier chef* *, celui par lequel quelqu'un tache de priver le Prince de la vie, ou de l'empire, ou de bouleverfer, ou d'ébranler l'état; ce qui étant le plus grand des crimes de lézemajefté, *doit être reprimé par les peines les plus févéres.* Il paroit au refte, que *le crime de léze-majesté, foit fimple, foit au premier chef, peut être commis dans quelque forme de gouvernement que ce foit.* Et comme les enfants & les parents ne peuvent être punis pour les faits de leurs peres & meres, ou de leurs parents (§. DCCCLXXIII), *les enfants & parents de ceux qui font coupables du crime de léze-majesté au premier chef, ne peuvent être punis.* Enfin puisque l'obligation à ne pas commettre le crime de léze-majefté vient de la convention, par laquelle la fociété civile a été établie (§, DCCCCLXXII.), & de la convention par laquelle l'empire a été transféré au Prince (§. DCCCCLXXXII.), *le crime de léze-majesté foit fimple, foit au premier cchef, ne peut être commis que par les fujets, & celui qui le commet est un perfide* (§. CCCXC.). (*d*)

Du crime de léze-majesté.

* crimen perduellionis.

§. MLXXXIII.

tion, fur laquelle la fociété civile eft fondée les fages regles, que Mr. WOLFF a données fur les conventions en général, auxquelles il eft permis de manquer, quand l'une des parties y a manqué premierement? Auffi Mr. WOLFF femble-t-il corriger lui-même à la fin de cet article ce que fa thêfe a de trop dur. Si le peuple peut refifter lorsqu'on viole les loix fondamentales, ou qu'on ufurpe les droits qu'il s'eft refervé, il pourra refifter fans doute fi on le gouverne très-mal, puisque fûrement il s'eft refervé le droit d'être bien gouverné, & que la premiere loi fondamentale d'un Etat eft, que le Souverain travaille au bonheur de fon peuple, ou qu'il le gouverne bien. R. d. T.

§. MLXXIX. (*c*) Voyez fur ce qui eft enfeigné dans ce paragraphe le *Difcours* de NOODT, PUFENDORF *de Off. hom. & civ. L.* II. *C.* XVIII. §. 3. & les notes des Commentateurs fur ces endroits. Voyez BYNCKERSHOECK *L.* II. *Cb.* II. On y trouvera une doctrine affez étrange pour un Savant né, élevé, & Préfident du Tribunal fuprême dans un Pays libre.

§. MLXXXII. (*d*) Ce paragraphe nous donne une idée claire & diftincte du crime de leze-majefté; expreffion dont la fignification vague & indé-

Du droit contre un usurpateur. §. MLXXXIII. On appelle *usurpateur de l'empire*, celui qui n'ayant aucun droit à le posséder s'en empare par force ou par ruse. Puis donc qu'un usurpateur est dans le même cas qu'un ravisseur (§. CCLXIII.), & que par conséquent on peut se permettre contre lui, tout ce qu'il faut pour repousser une force injuste (§. CCLXVIII.), *il est permis de resister à un usurpateur dans l'acte de son usurpation, & s'il est déjà en possession, & qu'il la retienne par la seule force, & qu'elle n'ait été suivie d'aucune convention* qu'il faut garder (§. CCCCXXXVIII.), *il est permis de le déposséder par la force, & même dans l'un & l'autre cas, de le tuer, s'il le faut.* Et comme *le Souverain*, à qui ce droit appartient, peut l'exercer ou par lui-même ou par un autre, *s'il permet à tout particulier indifféremment, de tuer l'usurpateur dans l'un & l'autre cas, chacun peut le tuer.* (e)

Quand il est permis de traiter avec un usurpateur. §. MLXXXIV. *Si le Prince est reduit en tel état, qu'il ne puisse défendre ses sujets, & que les citoyens n'aient pas des forces suffisantes pour resister à l'usurpateur sans se perdre actuellement*, comme les citoyens ont conféré l'empire au Prince, pour qu'il le défendit contre la force extérieure (§. DCCCCLXXII.), *il est permis de faire une convention ou de traiter avec l'usurpateur.* Et puisqu'il faut garder les conventions (§. CCCCXXXVIII.), *après la convention faite il faut lui obéir, & il n'est plus permis de machiner des hostilités contre lui.* (f)

Des devoirs d'humanité du Prince envers les sujets, & des sujets envers le Prince. §. MLXXXV. *Le Prince est obligé envers les sujets, & les sujets sont obligés envers le Prince à tous les devoirs auxquels l'homme est obligé envers l'homme*, car l'obligation naturelle est immuable (§. XXXVIII.), & personne ne peut en être libéré (§. LII.). C'est pourquoi le Prince ne cessant pas d'être homme parce qu'il est Prince, ni les sujets d'être hommes parce qu'ils sont sujets, l'obligation entre le Prince & les sujets, par rapport à tous les devoirs d'humanité, reste la même, par conséquent *le Prince & les sujets doivent s'aimer mutuellement* (§. CXXXVI.). Et même cette obligation est renfermée dans la convention, par laquelle la société civile s'est établie (§. DCCCCLXXII.), & dans celle par laquelle l'empire a été transféré au Prince (§. DCCCCLXXXII.).

De ceux qui s'associent à la société civile. §. MLXXXVI. Puisque *celui qui s'associe à la société civile*, ratifie, sinon expressément, du moins tacitement la convention, par laquelle la société a été établie, & l'empire conféré au Prince, *il est obligé à l'observation des loix de la société* (§. DCCCCLXXVIII. MLXVIII.). Joint à cela que le souverain ne permet, que quelqu'un entre dans la société, qu'à condition qu'il en observera les loix.

De la concorde des citoyens. §. MLXXXVII. Puisque les citoyens sont des associés (§. DCCCCLXXII. DCCCCLXXIV.), & que des associés doivent vivre dans la concorde (§. DCCCXLVII.), *les citoyens doivent vivre dans la concorde & éviter la discorde.* C'est pourquoi *le Souverain doit avoir soin, que la concorde se conserve entre les citoyens, & qu'il ne naisse point entr'eux de discorde.*

déterminée, n'a que trop souvent été employée pour perdre des hommes droits, justes & integres. Voyez les Commentateurs du Droit Romain *ad Leg. Jul. Majest.*

§. MLXXXIII. (e) Voyez PUFENDORF *Droit de la Nature & des Gens*, *Liv.* VII. *Chap.* VII. §. 3. 4. *De Off. hom. & civ. L.* II. *C.* X. §. 2. GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *Liv.* I. *Chap* IV. §. 15. *& suiv.* & les notes des Commentateurs sur ces endroits.

§. MLXXXIV. (f) Voyez GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *Liv.* I. *Chap.* IV. §. 19. PUFENDORF aux endroits cités ci-dessus, & les Commentateurs.

QUATRIEME PARTIE.

Du Droit des Gens.

CHAPITRE I.

Du Droit des Gens en général. (†)

§. MLXXXVIII.

Les différentes *Nations* étant considérées les unes, par rapport aux autres, comme des personnes libres qui vivent dans l'état de nature (§. DCCCCLXXVII.), & n'ayant pu se libérer de l'obligation naturelle en se réunissant en sociétés civiles (§. XLII.), elles *sont obligées, soit envers elles-mêmes, soit envers les autres Nations, aux mêmes devoirs auxquels chaque individu est tenu envers chaque autre, & de cette obligation naissent les mêmes droits* *Du droit des Gens nécessaire.*

(†) PART. IV. CHAP. I. Nous allons placer ici la Préface que Mr. WOLFF a mise à la tête de son Traité du *Droit des Gens.* Elle met le Lecteur au fait de la maniere dont il a manié ce sujet, & des raisons qui l'ont porté à le traiter ainsi. Voici comme il s'y exprime: „ Le droit que la Nature elle-même a établi entre les hommes, étant le seul dont les Nations se servent entre elles, on croira peut-être qu'il étoit assez inutile de faire un Traité séparé du *Droit des Gens*, & de le distinguer du *Droit Naturel.* Mais ceux qui pensent ainsi n'ont sûrement pas bien compris ce que c'est que le *Droit des Gens* En effet le seul point de vue, sous lequel on puisse considérer les différentes Nations, c'est que ce sont comme autant de personnes particulieres qui vivent dans l'état de nature; il s'ensuit donc que les Nations sont obligées par les mêmes devoirs qui obligent les hommes, chacun envers soi-même, & tous à l'égard l'un de l'autre, & que comme eux elles ont les mêmes droits qui naissent de ces devoirs; droits que la nature elle-même a prescrits & donnés à chaque individu, entant que tous naissent naturellement libres, & qu'ils ne sont unis entre eux, que par le lien de la nature. Ce droit ainsi considéré, & les obligations qui en resultent, se déduisent de cette Loi immuable, qui a sa source dans la nature de l'homme, de sorte qu'il est hors de doute, que, vû sous cette face, le Droit des Gens est le même que le Droit de la Nature: ainsi eû égard à son origine on le nomme le Droit *naturel* des Gens; & il prend le nom de Droit *nécessaire* des Gens, si on ne fait attention qu'à la force qu'il a d'obliger. Or, ainsi considéré, ce Droit des Gens est commun à tous les Peuples; de sorte qu'une Nation, qui agit contre ce qu'il prescrit, viole le Droit commun de toutes les Nations, & commet à cet égard une injustice. Car puisque les Nations sont des personnes morales, & qu'ainsi elles ne sont *astreintes* qu'à certains droits & à certaines obligations, qui dérivent, en vertu du Droit Naturel, de l'association qu'elles ont faite, leur nature & leur essence different entierement de l'essence & de la nature de chaque homme en particulier, considerés comme autant d'individus physiques. Lors donc qu'on fait aux Nations l'application des devoirs, que la loi de nature prescrit à chaque homme en particulier, & des droits qu'elle donne à chacun d'eux pour remplir ces devoirs, ces droits & ces devoirs ne peuvent pourtant être, que tels que le comporte la nature des sujets auxquels on les rapporte; ainsi il faut, en les appliquant aux Nations, y apporter le changement qu'exigent la nature & l'essence d'une multitude d'hommes associés en corps d'Etat, pour leur donner une espèce de nouvelle forme. Et „ alors

droits que ceux, qui appartiennent à chacun dans l'état de nature (§. XLVI.), & *qu'on ne*

„ alors le Droit des Gens n'eſt plus en tout également ſemblable au Droit de la Nature, entant que celui-ci dirige les actions de chaque particulier. Et ſi cela eſt, pourquoi ne pourroit-on traiter ſéparement le droit particulier des Nations? Si l'on veut que les termes ne ſoient pas de ſimples ſons, vuides de ſens, l'énoncé de ces mots mêmes, *Droit de la Nature & des Gens*, ne ſignifie-t-il pas qu'il y a quelque difference entre le Droit des Gens & le Droit Naturel? Si cependant il ſe trouvoit quelqu'un aſſez entêté pour ne vouloir pas convenir, que l'on puiſſe faire cette diſtinction, à lui libre de donner, à ce Traité ſéparé du Droit des Gens, le nom de neuvieme volume du Droit de la Nature. Car il me paroit ridicule de *ſe battre*, comme l'on dit, *ſur la chappe à l'Evêque.*

„ En effet la condition des hommes, étant telle qu'après s'être raſſemblés en corps de ſocié-té ils ne peuvent pleinement ſatisfaire à tout ce que le Droit Naturel leur impoſe, & que par-là ils ont été obligés d'établir des Loix poſitives, qui ne s'écartent pas en tout du Droit de la Nature, & qui pourtant auſſi n'y ſont pas entierement conformes: telle eſt auſſi la condition des Nations, que ne pouvant ſatisfaire à toute la rigueur du Droit Naturel des Gens, il eſt néceſſaire d'apporter quelque changement à ce Droit, d'ailleurs immuable de ſa nature, de façon cependant qu'il ne s'éloigne pas en tout du Droit Naturel des Nations, & qu'il ne lui ſoit pas auſſi entierement aſſervi. Puiſque donc le bien-être général de tous les Peuples exige que ce changement ſe faſſe, les Nations ne ſont pas moins obligées d'admettre entre elles & reciproquement le Droit qui en découle, qu'elles ne le ſont naturellement de ſe ſoumettre au Droit Naturel; & ce nouveau Droit, dès qu'il ne choque pas les principes du Droit Naturel, doit être conſidéré, à l'*inſtar* de ce dernier, comme le droit commun de toutes les Nations. Et c'eſt ce que nous avons crû devoir appeller avec GROTIUS, quoique dans un ſens un peu différent & moins étendu, le *Droit Volontaire des Gens.* Qu'on ne s'imagine pas cependant que ce Droit Volontaire des Gens ſoit tellement l'ouvrage de leur volonté, que ſans aucun égard pour le Droit Naturel, ils n'aient fait en le formant que ſuivre la libre détermination de leur volonté, & que tel a été ſeulement leur bon plaiſir. Rien moins que cela: nous l'avons démontré dans la huitieme Partie du Droit Naturel; les Loix Civiles ne ſont pas le reſultat de la ſimple volonté des hommes, mais le Droit de la Nature leur a lui-même preſcrit la maniere de former, d'après la loi naturelle, une loi civile, afin qu'on ne pût y trouver aucun caractère de défectuoſité. Il en eſt de même du Droit volontaire des Nations: il ne dépend pas de la libre volonté des Peuples; c'eſt le Droit de la Nature lui-même qui preſcrit la maniere de former, d'après le Droit naturel, un Droit volontaire, afin que l'on n'y admette que ce que la néceſſité ordonne. La nature ayant de toutes les Nations formé une ſeule grande Société, comme de chaque individu ſe ſont formées les Sociétés particulieres, il s'enſuit que la maniere dont ſe forme le Droit volontaire des Nations du Droit purement naturel, eſt abſolument la même que celle, qui, dans chaque Etat, doit ſervir à former les loix civiles d'après les loix naturelles.

„ Ainſi ce n'eſt pas, comme GROTIUS l'a crû, de ce que les Nations ont fait, comme ſi on prétendoit en inférer leur conſentement unanime, qu'il faut prouver la validité de ce Droit des Gens, que nous nommons volontaire; il ne doit ſa ſanction qu'à la fin ou au but de cette ſeule grande Société, par laquelle la nâture elle-même a voulu unir tous les hommes; de ſorte que toutes les Nations fuſſent obligées de ſe ſoumettre à ce Droit, & qu'il ne leur fut pas libre d'y donner leur conſentement ou de le refuſer. Bien des gens ne veulent point admettre ce Droit volontaire des Nations, qui à leur avis eſt le même que le Droit purement Naturel; ces perſonnes ne différent de nous que dans les termes, dans le fonds elles ſont du même ſentiment que le nôtre. Si cependant on veut y prendre garde de plus près, on ne pourra nier que ce Droit volontaire des Nations ne peut liberer de l'obligation qu'impoſe le Droit Naturel, quoiqu'il laiſſe aux hommes la liberté de faire impunément certaines actions, & qu'il en permet e d'autres, qu'on ne pourroit éviter de commettre ſans un plus grand mal. Cela étant, il eſt donc néceſſaire de diſtinguer ce Droit volontaire des Nations du Droit purement Naturel, quelque nom d'ailleurs que l'on trouve à propos de leur donner.

„ Nous approuvons fort la coutume de ne point changer, ſans une néceſſité preſſante, les termes conſacrés à une certaine ſcience; mais ſeulement d'en bien déterminer le ſens, & d'expliquer les idées qu'on y attache, toutes les fois que cette operation eſt néceſſaire à l'éclairciſſement de la vérité. Il ſemble en effet qu'il y ait une affectation puérile, & qui décele le petit génie, à changer les termes & leur ſignification ordinaire, & à s'en faire un titre pour

„ Na-

ne peut leur ôter (§. LXXIV.), par conséquent *elles ſuivent entr'elles le Droit naturel.*

„ mendier la gloire d'inventeur parmi ces ſortes „ de perſonnes, qui aveugles elles mêmes, accor- „ dent ſans peine le premier rang à quiconque „ ſemble voir un peu plus qu'elles ne voient.

„ L'uſage du Droit de la Nature, ce Droit ſi „ ſaint & ſi integre, eſt toujours conſtamment le „ même. Il exige que nous agiſſions avec juſti- „ ce & équité, & que nous ne veuillions jamais „ faire les choſes, qui peuvent même ſe commet- „ tre impunement, à moins qu'elles ne ſe faſſent „ ſuivant la juſtice; & afin que notre conſcience „ nous faſſe jouïr du fruit de nos bonnes actions; „ car la conviction d'avoir agi ſuivant l'équité & „ la juſtice, opere la plus grande partie de notre „ félicité; puisque les actions juſtes & honnêtes „ ſont pour nous la ſource d'une gloire d'autant „ plus grande & plus vraie, que le plaiſir que „ nous en reſſentons fait lui-même part de cette „ félicité pure.

„ Or de même que chaque particulier peut ac- „ quérir des droits & contracter des devoirs par „ des conventions, de même auſſi les Nations „ peuvent acquérir des droits & contracter des o- „ bligations par des engagements réciproques. Ce „ droit peut à juſte titre ſe nommer Droit *conventionnel*: c'eſt du Droit de la Nature même, qui veut „ que les engagements ſoient remplis, qu'il reçoit „ ſa validité. Car le Droit naturel exige bien „ préciſement que les conventions ſe faſſent avec „ l'intention d'y ſatisfaire, quoique le Droit vo- „ lontaire ne faſſe pas dépendre d'elles-mêmes la „ validité de ces conventions, & que l'obligation „ naturelle en ſoit violée impunement, & qu'on „ tolere cette violation. Il paroit donc claire- „ ment, que le Droit conventionnel n'eſt qu'un „ certain Droit des Gens particulier, qui n'a de „ force que parmi les Nations qui s'y ſont ſou- „ miſes. Il y a déjà longtemps que l'on a recon- „ nu, que les conventions peuvent être tacites „ ou expreſſes; & naturellement il ne ſe fait point „ de conventions expreſſes, qu'elles n'en renfer- „ ment de tacites; parce que le Droit Naturel ne „ met point de différence entre les contracts de „ bonne foi, & ceux qu'on nomme de droit é- „ troit ou rigoureux.

„ C'eſt ſur ces conventions tacites que ſont „ fondés certains uſages qui ſe ſont introduits „ chez les Peuples, & qui forment ce que l'on „ nomme le Droit *coutumier* des Nations. Sem- „ blable au Droit conventionnel, il n'oblige auſſi „ que les Nations, qui, par la longue obſervan- „ ce qu'ils en ont faite, ſe ſont approprié ces „ coutumes & ces uſages. Et quoique par une „ certaine *inconſéquence* on rapporte au Droit „ commun des Nations, des choſes qui ne ſont „ que du Droit coutumier, cependant le grand „ nombre des peuples qui ſont dans l'erreur, n'eſt „ pas un titre en ſa faveur pour que l'on confon- „ de ce Droit coutumier avec le Droit naturel ou „ volontaire des Nations. La plupart des Juris- „ conſultes, ſur-tout ceux qui écrivent ſur le „ Droit Civil, poſent une choſe en fait avant „ d'examiner & de peſer les raiſons qu'ils peu- „ vent avoir d'en agir ainſi; lorsqu'il s'agit enſui- „ te de défendre l'opinion qu'ils ont embraſſée, „ ils ſe mettent à chercher des raiſons & à forger „ des argumens, pour étayer leur aſſertion fa- „ vorite. Pour nous, loin de ſuivre cette mé- „ thode, nous n'admettons comme vrai, que ce „ qui, par une conſéquence néceſſaire peut ſe „ déduire des principes préalablement démon- „ trés; & pour éblouir ces esprits bornés, qui ne „ peuvent voir que ce qui eſt ſous leurs yeux, „ nous n'inventons pas de ces principes incer- „ tains, qui peuvent être *détruits* auſſitôt qu'*établis*. La méthode que nous avons ſuivie dans „ nos Traités du Droit de la Nature & des Gens, „ & que nous ſuivons conſtamment dans toutes „ les matieres philoſophiques, refuſe de s'abaiſ- „ ſer à ces ſortes d'artifices; c'eſt la vérité ſeule „ qu'elle cherche, & elle la veut ſans fard, & „ dénuée de tout vain attirail. C'eſt par la mê- „ me raiſon que dans le préſent traité du Droit „ des Gens nous nous ſommes ſervis de démon- „ ſtrations ſi évidentes, que tout y eſt dans „ l'ordre qui lui convient; le Droit naturel y „ eſt diſtingué du Droit volontaire, mais com- „ mun à toutes les Nations; le Droit coutumier „ l'eſt de tous les deux; & le Droit convention- „ nel de tous les autres; deſorte qu'il ſera faci- „ le à un Lecteur un peu attentif, de remonter à „ la ſource différente de chacun de ces Droits. „ Mais comme l'erreur eſt l'appanage de l'huma- „ nité, on ne ſera pas ſurpris de voir les Nations „ les plus ſavantes & les plus policées, ſe trom- „ per au point d'embraſſer, comme dérivant du „ Droit naturel, des choſes qui lui ſont diamé- „ tralement oppoſées. C'eſt dans cette erreur „ qu'il faut chercher la ſource de ces coutumes „ perverſes, qui ont fait du Droit une liberté ef- „ frenée de tout faire; licence que nous n'avons „ garde de confondre avec le Droit volontaire „ des Nations, mais que nous ramenons à ſon „ origine, au Droit coutumier des Peuples, Droit „ ſouvent inique qui deshonore le nom ſacré du „ Droit naturel. Et en ceci nous différons en- „ core de GROTIUS, à qui l'on peut pourtant paſ- „ ſer d'avoir confondu le Droit volontaire des „ Gens avec le Droit coutumier des Nations, & „ de n'avoir point ſu diſtinguer en celui-ci les „ coutumes juſtes de celles qui ne le ſont pas, „ puisque le nom de Syſtême étoit inconnu de

rel. Le Droit naturel appliqué aux Nations s'appelle *le Droit des Gens nécessaire ou naturel* (*). Quelques-uns d'après Grotius l'appellent aussi *le Droit des Gens interne. Ce Droit est absolument immuable* (§. xl.), & *aucune Nation ne peut se libérer de l'obligation qui en nait* (§. xlii.). (*a*)

Du Droit que les Nations ont naturellement. §. MLXXXIX. En vertu du Droit nécessaire des Gens ou des Nations, *toutes les Nations sont dans les mêmes obligations & ont les mêmes droits* (§ lxix.), par conséquent *elles sont toutes naturellement égales* (§. lxx.), *aucune n'a ni prérogative* (§ lxxi.), *ni préséance* (§. lxxv.). *Aucune n'a droit sur les actions d'une autre* (§. lxxvi.). *Chacune est libre* (§. lxxvii.); & *aucune Nation ne peut empêcher l'usage de la liberté d'une autre* (§. lxxviii.). *Aucune n'en peut léser une autre, ou violer son droit parfait* (§. lxxxviii.), *ou lui faire une injure* (§. lxxxvii.); & cha-

„ son temps, & que même l'on n'en abuse encore que trop souvent dans le nôtre.

„ Il est au reste de l'intérêt du genre humain, que des choses si opposées entre elles ne soient pas regardées sous la même face, puisque dès-lors que le sentiment de son devoir ou l'intention d'y satisfaire, est bannie de l'exercice du Droit, & que celui-ci se change en une licence desordonnée de tout faire, les Peuples & ceux qui les gouvernent deviennent eux-mêmes les artisans de tous les maux & de toutes les miseres qui affligent l'humanité. Je sais qu'on peut plutôt souhaiter qu'on ne doit espérer de voir les Nations se remettre dans les sentiers de la justice, dont elles ne se sont que trop écartées; cependant je ne crois pas que ce soit un motif pour regarder la connoissance de la vérité, comme moins utile & moins nécessaire. Car ne seroit-ce pas risquer d'insulter à la Divinité, si on négligeoit de découvrir & de constater la source de nos maux? Et peut-on avoir assez mauvaise opinion du genre humain pour oser croire, que jamais personne ne voudra rendre les armes à la vérité? Fasse le Ciel qu'il vienne un tems où la plupart de ceux qui gouvernent les Peuples, si on ne peut l'espérer de tous, puissent connoitre ce qu'ils doivent à leurs propres Sujets & aux autres Nations!"

(*) *Gens* est un vieux mot qui signifie Nation, on a conservé ce vieux mot dans cette expression *le Droit des Gens*, qu'on peut appeller aussi *le Droit des Nations.* R. d. T.

§. MLXXXVIII (*a*) Les Nations, dit notre Auteur, se doivent reciproquement les devoirs que les particuliers se doivent les uns aux autres. Elles doivent se comporter les unes envers les autres sur les principes du Droit naturel, & le Droit naturel ainsi appliqué aux Nations s'appelle, dit-il, *Droit des Gens naturel ou nécessaire:* la Préface, dont nous venons de donner la traduction, présente & developpe cette idée plus en détail: on y voit que l'Auteur nomme le *Droit des Gens nécessaire*, Droit naturel, en le rapportant à son origine; & qu'il le nomme *Droit des Gens*, par l'application que l'on fait du Droit Naturel aux Sociétés civiles, à ces multitudes d'hommes que l'on nomme Nations. A cela on voit que la définition qu'il donne du *Droit des Gens*, est prise de l'objet auquel le Droit naturel est appliqué, & il importe d'y faire attention, tant pour ne pas confondre les différentes manieres, dont les Savans envisagent un sujet, que pour bien distinguer leurs opinions & leurs idées. Notre Auteur, ce me semble, ne l'a pas assez fait ici; & je doute même qu'il ait bien saisi le sens dans lequel les Anciens ont employé l'expression de *Droit des Gens*, & que l'illustre Grotius paroit avoir adopté & suivi: du moins j'en dois juger ainsi par les reflexions que l'on trouve dans la Préface, dont je viens de parler. Je vai entrer dans quelque détail.

Notre Auteur considere la nature du *Droit des Gens* sous deux points de vue: savoir ce qui en fait la véritable & primitive source; & ce qui en fait l'objet. Ce n'est là ni le *Droit des Gens* des Anciens, ni la façon dont les Jurisconsultes Romains l'ont envisagé: ceux-ci sur-tout uniquement attentifs aux sources, dans lesquelles on pouvoit s'instruire des droits & des devoirs de l'homme, consideré dans l'état civil, ont pris pour premiere source la nature de l'homme entant qu'être animal. Ils ont pensé que l'accord unanime des Nations pouvoit aussi servir de regle, pour juger de la moralité de nos actions libres; & en conséquence ils ont adopté cet accord comme une seconde source, au moyen de laquelle on pouvoit s'instruire de ce qui dans une action est moralement bien ou mal; & déterminer des devoirs & des droits, qu'ils croyoient ne pas pouvoir déduire de la nature de l'homme, consideré purement & simplement comme être animal. Ils n'étoient pas si étrangers dans les sciences pour s'imaginer, que cet accord unanime des Nations pût tenir lieu de loi, dans le sens propre de ce mot; & imposer par là aux hommes une obliga-

chacune a le droit de se défendre contre une injure dont on la menace (§. xc.), *& de punir pour celle qu'on lui a faite* (§. xciii.). De plus *chaque Nation a le droit d'obliger les autres à certaines prestations*, & par conséquent *d'acquérir un droit parfait* (§. xcvii.), *qu'on ne peut lui ôter* (§. c.): enfin *chaque Nation a le droit de guerre* (§. xcviii.).

§. MXC. Comme *les nations sont obligées de réunir leurs forces pour se perfectionner, & perfectionner leur état* (§. xliv. mlxxxviii.), *la nature a formé elle même entre les nations une sorte de société*, à laquelle elles sont obligées de consentir, à cause de la nécessité indispensable de l'obligation naturelle (§. xxxviii.), ensorte que cette société paroit contractée par une quasi-convention (§. dcccxxxvi.). Cette société formée entre les nations pour leur salut commun, s'appelle *la gran-* *Du Droit des Gens volontaire.*

gation aussi indispensable que celle, qui se déduit de leur nature: mais ils ont supposé, que cet accord unanime des Nations, devoit être regardé comme l'effet d'une conviction générale, produite par la saine raison; & qu'on devoit admettre & reconnoitre pour droit, ce que la raison nous indique comme tel, par une opération si universelle. Conséquemment à cette façon d'envisager l'objet dont il est ici question, leur Droit des Gens ne désignoit point le droit qui a lieu entre les Nations, mais il marquoit la source, par laquelle ils jugeoient de ce qui étoit du devoir de l'homme & du citoyen, consideré comme être raisonnable; ils y rapportoient non-seulement les actions des hommes, dans leurs rapports naturels, mais aussi dans les rapports qu'ils avoient entre eux comme citoyens; & dans ceux qu'ils avoient vis-à-vis des autres Nations: en un mot ils nommoient dans ce sens *Droit des Gens*, tout ce que les usages & les mœurs des Nations policées indiquoient, comme propre & convenable à l'homme raisonnable. *Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peræque custoditur, vocaturque Jus Gentium quasi quo jure omnes gentes utuntur*, lisons nous *L.* i. *Inst. T.* ii. §. i. & dans le Digeste §. 4. *de just. & jur. Jus Gentium est, quo Gentes humanæ utuntur, quod a naturali recedere facile intelligere licet: quia illud omnibus animalibus, hoc hominibus inter se commune sit:* & c'est dans ce sens que le Jurisconsulte Paul dit, *Jus Gentium incestum committit qui ex gradu ascendentium vel descendentium uxorem duxerit, l.* 68. *ff. de rit. nupt.* & c'est dans ce sens encore qu'un contract de vente, un contract de loyer, & d'autres sont appellés, en stile de Droit Romain, *contractus juris gentium.*

Il seroit inutile de discuter si les Jurisconsultes Romains ont bien ou mal fait d'employer l'expression de Droit des Gens pour marquer une des sources, dans lesquelles ils croyoient devoir puiser des connoissances, propres à nous faire discerner ce qui est juste de ce qui ne l'est pas: on ne voit pas pourquoi ils n'en auroient pas eu la liberté, tout aussi bien que ceux qui vivent aujourd'hui se donnent celle de s'écarter de cette signification & de lui en donner une autre. Car c'est une question toute différente de savoir, si les Anciens ont bien fait d'employer l'accord unanime de quelques Nations, par rapport à certaines actions, pour les déclarer bonnes ou mauvaises, justes ou injustes: c'est une autre question de savoir, si véritablement on trouve, par rapport à ces actions, un accord de jugement assez universel & unanime entre les Nations, pour pouvoir l'affirmer; & c'est une autre question encore, si cet accord, en cas qu'il ait lieu, peut & doit être attribué à une opération, à la force, ou aux lumieres de la raison. Il suffit de remarquer, que si on s'écarte aujourd'hui du sens que les Jurisconsultes Romains ont attaché à l'expression de *Droit des Gens*, pour désigner par elle le Droit qui a lieu entre les Nations; & que si on rapporte aujourd'hui cette expression aux objets du droit universel, & non pas aux sources, dans lesquelles les Anciens ont cru devoir puiser leurs connoissances du Droit, ce n'est pas un motif raisonnable pour censurer le sens qu'ils y ont attaché. Grotius accoutumé à leur maniere, paroit encore les avoir imité sur ce sujet. Cet habile homme s'étant proposé d'enseigner les devoirs, que les Nations se doivent réciproquement, & les droits qu'elles ont relativement les unes sur les autres, a cru devoir se servir de différentes sources: & en particulier de l'accord qu'on remarque généralement entre les Nations, par rapport à certains actes. Il nous en previent dans ses Prolegomenes §. 40. & il est essentiel de faire attention à ce que je viens d'observer, quand ce ne seroit que pour ne pas se méprendre sur les différentes significations, dans lesquelles les Auteurs, qui ont traité du *Droit des Gens*, ont employé cette expression. Voyez Grotius *Droit de la Guerre & de la Paix, Liv.* i *Ch.* i. §. 14. Barbeirac sur cet endroit, *Liv.* ii. *Chap.* viii. § 3. & les Commentateurs de ce grand Jurisconsulte.

grande Société civile, dont toutes les nations sont les membres, ou comme les citoyens. De là nait une espèce de droit que toutes conjointement ont sur chacune, & qu'on peut appeller *l'empire universel*, ou *des nations*; c'est *le droit de déterminer les actions de chacune pour procurer le salut commun*, & *de contraindre chacune à remplir son obligation.* Et comme toute société doit avoir ses loix, par lesquelles on détermine ce qui doit se faire toujours de la même maniere pour le salut commun (§. DCCCXLVI.), *la grande société civile doit* aussi *avoir ses loix.* Comme de plus la loi naturelle prescrit le consentement à la grande société civile, elle supplée aussi à ce consentement dans l'établissement des loix. Car comme dans toute société civile les loix civiles doivent se former des loix naturelles, & que la loi naturelle elle-même indique comment cela se doit faire (§. MLXVIII. & suiv.), de même aussi *c'est des loix naturelles qu'il faut former les loix civiles dans la grande société civile, de la même maniere que dans une société civile particuliere quelconque, suivant la théorie que prescrit la loi naturelle.* Et ce droit dérivé de la notion de la grande société civile, nous l'appellons d'après GROTIUS *Droit des Gens volontaire*, droit admis réellement par ceux qui combattent le Droit volontaire des Nations, mais qui prétendent qu'il y a un droit externe différent du droit interne, qui est le Droit naturel des Nations (§. MLXXXVIII.), ensorte que la dispute roule moins sur la chose que sur le nom, quoique ni GROTIUS ni ses adversaires n'aient pas assez distingué ce qui est effectivement du Droit des Gens volontaire. (*b*)

Du Droit des Gens conventionnel. §. MXCI. Les Nations peuvent aussi acquérir des droits, & contracter des obligations par des conventions (§. MLXXXIX.), & ce droit né des conventions faites entre différentes nations, avec les obligations qui y répondent ou qui y sont attachées, s'appelle *le Droit des Gens conventionnel;* par conséquent, puisque les conventions n'obligent que les parties contractantes (§. CCCCXXXVIII), *le Droit des Gens conventionnel n'est qu'un droit particulier.*

Du Droit des Gens coutumier. §. MXCII. Enfin on appelle *Droit des Gens coutumier*, ce qu'un long usage a introduit entre certaines Nations, & qui est observé comme un droit, qu'on voit bien qui *n'est qu'un droit particulier*; & comme il n'est appuyé sur aucun consentement exprès, *il n'oblige que jusqu'à ce qu'une nation ait expressément déclaré une volonté contraire.*

§. MXC. (*b*) Notre Auteur voulant que toute Société ait pour fondement un *pacte* ou *quasi-pacte*, en déduit ici que la société générale, qui doit regner dans l'Univers entre les hommes, est fondée sur un *quasi-pacte*. J'ai dit au §. DCCCXXXVI. ce que je juge de cette hypothèse; j'ajoute ici, qu'il resulte de la nature de l'homme qu'il doit cultiver la socialité, & travailler au bien-être de ses semblables: que cette disposition, supposée réciproque entre tous les hommes, en forme sûrement une Société; & que cette Société doit nécessairement être restreinte à des loix. On peut donner, si l'on veut, à l'assemblage de ces Loix, le nom de *Droit des Gens volontaire;* mais cette expression sera toujours un peu impropre, attendu qu'il n'y a rien de volontaire dans ces Loix, & qu'elles dépendent entierement de l'essence de la société humaine. Voyez ce que Mr. VATTEL en dit dans sa Préface au *Droit des Gens.*



CHA-

CHAPITRE II.

Des devoirs des Nations envers elles-mêmes, & des droits qui en naissent. (†)

§. MXCIII. La *conservation de la nation* consiste dans la durée de l'association en société civile. C'est pourquoi puisque tous conjointement sont obligés envers chacun à pourvoir à ce qui suffit à la vie, à leur tranquillité, & à leur sûreté (§. DCCCCLXXV.), & qu'on ne peut parvenir à ce but qu'en conservant l'association, *chaque nation est obligée de se conserver.* *De la conservation de la Nation.*

§. MXCIV. *La perfection de la nation* consiste dans l'aptitude à parvenir au but de la société civile; par conséquent *l'état de la nation est parfait, s'il n'y manque rien de ce dont elle a besoin pour parvenir à ce but.* C'est pourquoi, puisque ceux qui se sont unis en société civile se sont obligés, les uns envers les autres, à joindre leurs forces pour parvenir à ce but (§. DCCCCLXXII.), *chaque nation est obligée à se perfectionner elle-même & à perfectionner son état.* (c) *De la perfection de la Nation & de son état.*

§. MXCV. Puisqu'une nation est obligée à se conserver (§. MXCIII.), & à se perfectionner (§. MXCIV.), *elle doit aussi éloigner de soi tout danger de sa perte, & éviter autant qu'il est possible* (§. LX.), *tout ce qui empêche, de quelque façon que ce soit, sa perfection & celle de son état, ou qui rend elle ou son état plus imparfait.* Par conséquent *chaque nation a droit aux choses, sans lesquelles elle ne peut éloigner le péril de sa perte, & perfectionner elle & son état, ou prévenir l'imperfection d'elle-même & de son état*, par conséquent encore, *si elle a besoin pour cela des forces ou du secours d'une autre nation, elle peut faire des conventions avec elle à ce sujet* (§. MXCI.) *De l'obligation & du droit qui en découle.*

§. MXCVI. La *gloire* consiste dans les louanges réunies des gens de bien & des gens sages, ou qui jugent bien (§. CXXVII.), par conséquent *personne ne peut acquérir une véritable gloire, sans les vertus intellectuelles & morales, & celui qui a le plus de gloire est celui qui a le plus de vertu* (§. CXXV.). De là *la gloire d'une nation consiste dans les louanges qui lui sont données du consentement commun des gens de bien & des gens sages, soit à cause de sa perfection, soit à cause de ses faits, provenant des vertus intellectuelles & morales.* Et comme ces louanges passent de chacun en particulier à toute la nation, & qu'on doit dire d'elle ce qu'on peut dire de la plus grande partie de la nation, ou du plus grand nombre dans un certain genre de vie, *les faits de chacun & sur-tout du plus grand nombre, ou du moins d'un grand nombre dans le même genre de vie, provenant des vertus intellectuelles & morales, contribuent à la gloire de la nation.* Ainsi, par exemple, on appelle une *De la gloire.*

(†) CHAP. II. Notre Auteur suit ici, dans le développement des devoirs & des droits des hommes, considérés en corps d'Etat, le même ordre qu'il a observé par rapport à l'état de l'homme en son particulier. Après avoir fait connoitre les principes, dont ces droits & ces devoirs doivent être déduits, il expose dans ce Chapitre-ci des devoirs, que les Nations se doivent à elles-mêmes, & des droits qui resultent immédiatement de ces devoirs.

§. MXCIV. (c) Remarquez que quel que soit la fin générale ou particuliere que l'on suppose à une Société civile il en resultera toujous qu'elle doit tendre à perfectionner son état.

une nation favante celle où il y a beaucoup de favans, jufte celle où il y a beaucoup de gens juftes, & ainfi du refte. (*d*)

Du foin d'avancer la gloire de la nation. §. MXCVII. Puisque chacun doit travailler à fe rendre digne de louange (§. CXXV.), & par conféquent à mériter de la gloire (§. CXXVII.), *chaque nation doit* auffi *travailler à mériter de la gloire*, d'où il fuit, que *chacun doit rapporter fes actions à la gloire de fa nation*, & que *le Prince y doit rapporter fes actes royaux* (§. MXCVI.), par confequent *on doit fe garder de tout ce qui pourroit tourner au deshonneur de la nation.* Il paroit encore de là, que *les nations doivent être éclairées & civilifées.* On appelle *nations éclairées*, celles qui cultivent les vertus intellectuelles, & qui par conféquent cultivent leur efprit par la fcience; & l'on appelle *civilifées*, celles qui ont des mœurs douces, & conformes à la raifon. L'oppofé font les nations *barbares*, & *groffières*, ou *non-civilifées.*

Du droit de fe procurer les chofes d'une autre nation à un prix raifonnable. §. MXCVIII. Puisque les hommes font obligés de fe donner mutuellement, felon que chacun a befoin de la chofe d'un autre, qui peut s'en paffer lui-même (§. CCCXXIX.), & que perfonne n'eft obligé de donner gratuitement à un autre qui peut donner à fon tour (§. CCCCLXXIII.), *chaque nation a droit de tirer les chofes dont elle a befoin, à un prix raifonnable, des autres nations qui n'en ont pas befoin elles-mêmes*; *mais elle n'a point le droit de vendre fes chofes chez une autre nation fans fon confentement*; par conféquent *fi une nation ne veut pas qu'on transporte dans fon pays certaines chofes étrangères*, *elle ne fait point une injure à la nation de laquelle ces chofes viennent* (§. LXXXVII.).

Du commerce. §. MXCIX. On appelle *commerce* le droit d'acheter & de vendre réciproquement des chofes quelconques, meubles ou qui fe meuvent. On appelle *commerce intérieur*, celui que font ceux qui font foumis au même empire civil, ou les citoyens entr'eux; & on appelle *commerce extérieur*, celui qu'on fait avec d'autres nations ou avec les étrangers. Comme le commerce intérieur fert à ce que chacun puiffe avoir ce que demandent les néceffités, la commodité & l'agrément de la vie, & que le même argent paffe fucceffivement de l'un à l'autre, & tourne à l'avantage d'un grand nombre de gens, & comme le commerce extérieur fert à ce qu'une nation puiffe tirer d'une autre ce qui lui manque, *les particuliers entr'eux dans la fociété civile* (§. DCCCCLXXV.), & *les nations entr'elles font dans l'obligation de commercer* (§. MXCVIII.). C'eft pourquoi puisqu'on acquiert un droit parfait par les conventions ou par les traités (§. MLXXXIX.), *les nations doivent faire des traités de commerce les unes avec les autres.* (*e*)

Du droit de fimple faculté. §. MC. On appelle *droit de fimple faculté*, celui dont on peut ufer ou ne pas ufer, comme on le trouve bon, étant libre de toute contrainte extérieure. C'eft pourquoi puisqu'on appelle *actes de fimple volonté*, ceux qui dépendent uniquement de notre volonté, tels *font tous les actes qui appartiennent à l'exercice d'un droit de fimple faculté*, comme d'acheter des marchandifes où il vous plait. Comme on ne peut pas conclure des actes de fimple volonté, que quelqu'un renonce en

§. MXCVI. (*d*) La gloire que notre Auteur définit dans ce paragraphe, eft bien différente de celle qu'on attribue vulgairement aux vertus militaires. Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* I. *Chap.* XV.

§. MXCVIII. & MXCIX. (*e*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* I. *Chap.* VIII. & un Difcours de Mr. CRAS, Profeffeur en Droit à *Amfterdam*, publié en Latin fous le titre *De Prudentia Civili in promovenda Mercatura*; & en François fous celui

en faveur d'un autre à son droit d'agir ainsi & non autrement, *les droits de simple faculté ne peuvent se prescrire* (§. CCCCLII.), *sinon après qu'il y auroit eu une défense ou une contrainte, à laquelle on auroit cédé en témoignant suffisamment son consentement.*

§. MCI. Puisqu'*un droit* parfait *de commerce* ne s'acquiert que par un traité (§. MXCIX.), & que par conséquent il est par lui-même un droit de simple faculté (§. MC.), il *ne peut être prescrit sinon après qu'il y auroit eu une défense, ou une contrainte à laquelle on auroit cédé, en témoignant suffisamment son consentement.* *De la prescription du commerce.*

§. MCII. Pour la perfection de la nation il faut qu'elle soit *puissante*, c'est-à-dire, qu'elle puisse resister à la force des autres nations qui pourroient attaquer elle ou ses biens (§. MXCIV. DCCCCLXXII.). C'est pourquoi *chaque nation doit s'appliquer à devenir puissante;* par conséquent, elle a droit aux choses, par lesquelles elle peut augmenter sa puissance (§. XLVI.), sans faire injure aux autres nations (§. LXXXVII.). Ainsi *si une nation n'est pas assez puissante pour se défendre des injures des autres nations*, comme on acquiert des droits parfaits par les conventions ou les traités (§. MLXXXIX.), *elle peut s'assujetter à quelqu'autre nation plus puissante, sous des conditions dont on conviendra, & les droits des deux parties se mesurent par le traité d'assujettissement* (§. CCCXVII.). *Si* donc *une nation, qui doit en protéger une autre, s'arroge plus de droit sur la moins puissante qu'elle n'en a par le traité*, puisqu'alors elle lui fait une injure (§. LXXXVII.), *il est permis de résister par la force, & d'implorer le secours d'autrui* (§. XC.). (*f*) *Du droit d'augmenter sa puissance.*

§. MCIII. On appelle *domicile* l'habitation fixée dans quelque lieu, dans le dessein d'y demeurer toujours. Ainsi *celui qui séjourne un tems quelconque, dans quelque lieu pour quelque affaire, n'y a pas pour cela son domicile.* Mais comme, en vertu de la liberté naturelle, il est permis à chacun de changer de volonté (§. LXXVIII.), *on peut changer de domicile.* On appelle *domicile naturel*, celui que quelqu'un a par sa naissance dans le lieu où son pere est domicilié, & on appelle *domicile choisi* ou *adopté*, celui que quelqu'un s'est fait par sa propre volonté. C'est pourquoi *chacun est censé retenir son domicile naturel, tant qu'il n'en prend aucun par sa propre volonté, ou qu'il n'abandonne pas celui-là.* (*g*) *Du domicile.*

§. MCIV. On appelle *vagabond*, celui qui n'a nulle part un domicile. *Les vagabonds séjournent* donc *tantôt dans un lieu, tantôt dans un autre, sans avoir intention de se fixer pour toujours dans quelque endroit.* Quoique la plupart des vagabonds soient des gens qui suivent un train de vie méchant, ou du moins peu honnête, il n'est pas contradictoire qu'il y ait des vagabonds qui suivent un genre de vie honnête. (*h*) *Des vagabonds.*

§. MCV. On appelle *patrie* le lieu, c'est-à-dire, la terre, ou la ville dans laquelle nos peres & meres avoient leur domicile quand nous sommes nés, relativement à une certaine nation, ou à une certaine portion de nation à laquelle appartient cette terre ou cette ville. Il faut distinguer de la patrie *le lieu de la naissance*, ou dans le- *De la patrie, & de l'amour de la patrie.*

lui de la *Sagesse du Souverain dans les moyens de rendre le Commerce florissant.*

§. MCII. (*f*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* I. *Chap.* XVI.

§. MCIII. (*g*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* I. *Chap.* XIX. §. 218.

§. MCIV. (*h*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* I. *Chap.* XIX. §. 219.

§. MCV.

lequel quelqu'un eſt né, puisqu'on peut naître hors de ſa patrie. Puisque *le lieu de la naiſſance* n'eſt point conſidéré relativement à la nation, il *ne donne aucun droit à celui qui y eſt né.* Il paroit au reſte que ceux qui ſont nés de parens vagabonds n'ont point de patrie (§. MCIV.). Comme les ſujets ſont obligés par une obligation ſpéciale d'aimer tous les aſſociés conjointement (§. MLXXXV.), & que par conſéquent *chacun doit aimer ſa nation* (§. DCCCCLXXIV.), *on doit* auſſi *aimer ſa patrie.* (*i*)

Des exilés. §. MCVI. On appelle *exilé*, celui qui eſt chaſſé de la ville, ou du pays où il a ſon domicile, ou qui eſt contraint de s'en retirer ſans aucune note d'infamie. *L'exil peut être* auſſi *une peine* (§. MXLVIII.). *L'exil* s'appelle *forcé* quand quelqu'un eſt obligé de ſe retirer par une ſentence du juge, ou par l'ordre du ſouverain; il eſt *volontaire* quand quelqu'un ſe retire de lui-même du lieu où il a ſon domicile, pour éviter quelque peine, ou quelque calamité. Puisqu'il faut accorder une demeure à ceux qui ſont chaſſés de leur pays, & qui cherchent une retraite, à moins que des raiſons particulières ne s'y oppoſent (§. CCCXII.), *une nation doit accorder une demeure perpétuelle dans ſes terres aux exilés, à moins que des raiſons particulières ne s'y oppoſent*, & la nation ayant droit de juger de ces raiſons (§ MLXXXIX. LXXVIII.), *ſi on refuſe une retraite aux exilés, ils doivent le ſouffrir.* (*k*)

Du droit d'émigration. §. MCVII. On appelle *droit d'émigration* la permiſſion d'un exil volontaire. Il eſt aiſé de voir, que *le droit d'émigration nait ou d'une convention, ou d'une loi fondamentale, ou qu'il dépend de la volonté du ſouverain.* A ceci appartient auſſi la convention par laquelle les ſociétés civiles ont été établies, & à laquelle on ne deroge que par d'autres conventions particuliéres, auxquelles il faut rapporter auſſi les loix mêmes fondamentales. (*l*)

§. MCV. (*i*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* I. *Chap.* XIX.

§. MCVI. (*k*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* I. *Chap.* XIX. §. 228.

§. MCVII. (*l*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* I. *Chap.* XIX. §. 220. & *ſuiv.*



CHA-

CHAPITRE III.

Des devoirs des Nations les unes envers les autres, & des droits qui en naissent. (†)

§. MCVIII. Comme le Droit naturel doit s'appliquer aux nations (§. MLXXXVIII.), *chaque nation doit à une autre quelconque ce qu'elle se doit à elle-même, autant que l'autre ne l'a pas en son pouvoir, & qu'elle peut elle-même le faire pour cette autre, sans négliger ses devoirs envers elle-même* (§. CXXXIII.); par conséquent *elle doit contribuer autant qu'elle peut à la conservation de l'autre, ou à la perfection d'elle & de son état* (§. MXCIII. MXCIV.). Cependant *l'autre nation n'a qu'un droit imparfait à ces choses, mais le droit qu'elle a de les demander est un droit parfait, & on ne peut, sans lui faire injure, l'empêcher de les demander* (§. LXXXII. LXXXVII.). *Devoir général d'une nation envers les autres.*

§. MCIX. Par la même raison *toute nation doit avoir de l'amour & de la dilection pour une autre quelconque, comme pour elle-même* (§. CXXXVI.), *même pour une nation ennemie* (§. CXXXVII.); *travailler à procurer de la gloire aux autres nations* (§. MXCVII.); *estimer chacune autant qu'elle le mérite, & lui donner autant de louanges qu'il lui en est dû* (§. CXLII.), & par conséquent *contribuer autant qu'elle le peut, à la rendre éclairée & civilisée.* Il faut aussi rapporter ici *l'obligation de commercer avec les autres nations* (§. MXCIX). *De l'amour, de la gloire, & du commerce.*

§. MCX. Comme on n'acquiert un droit parfait de commerce que par une convention, & que les conventions sont la mesure de ce droit (§. CCCCXXXVIII.), *le commerce peut être restreint au seul achat, ou à acheter ou vendre certaines choses, & pour un certain tems, & on peut ajouter aux traités de commerce des conditions, & des clauses commissoires quelconques.* Mais, *si les nations se contentent de se permettre le commerce entr'elles, soit tacitement, soit expressement, & qu'il ne soit appuyé sur aucun traité, on peut en revoquer la permission quand on veut.* (*m*) *Quelles conventions on peut faire au sujet du commerce.*

§. MCXI. Puisque chaque nation a naturellement droit à commercer avec toute autre nation (§. MXCIX.) *aucune nation ne peut empêcher qu'une autre ne commerce avec telle ou telle nation, cependant, elle peut convenir avec elle que cela ne se fera pas* (§. CCCXXXVII.). Et comme il faut garder ses conventions (§. CCCCXXXVIII.), *il nait d'un traité négatif de commerce pour l'une des parties, le droit de ne pas souffrir que l'autre commerce avec une certaine nation, ou qu'elle l'étende au-delà des restrictions dont on est convenu.* (*n*) *Qu'il ne faut pas empêcher le commerce, & des traités négatifs.*

§. MCXII.

(†) CHAP. III. Ce Chapitre contient les Elemens de la Politique, non pas de cette Politique insidieuse, qui souvent fait toute la Sagesse du Conseil des Monarques, & qui ne se propose d'autre but que de profiter des circonstances, pour remplir des vues & des désirs également injustes & contraires au bien public: mais de cette saine Politique qui seule peut produire le vrai bien de l'Etat & le bonheur réel des Peuples. Car c'est se faire illusion de croire, qu'une Nation puisse jouïr d'une véritable félicité, si elle travaille à l'acquérir ou à l'augmenter, en blessant les devoirs qu'elle doit aux autres Nations: l'harmonie de l'Univers ne leur donne pas plus cet avantage, qu'elle ne l'accorde aux particuliers. Des plaisirs passagers & des biens apparens ne forment jamais un solide bonheur; on n'a qu'à lire les Histoires & faire attention aux Evénemens du Monde, pour ne point douter de cette vérité. Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* II. *Chap.* I.

§. MCX. (*m*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* II. *Chap.* II. §. 26. & *suiv.*

§. MCXI. (*n*) Il faut ajouter à la maxime énoncée dans ce paragraphe, savoir, *qu'une Nation ne*

Du commerce enlevé aux autres nations, & des monopoles des nations.

§. MCXII. Puisqu'il est libre à chaque nation de faire des traités de commerce avec toute autre nation (§. MXCIX.), *si une nation en faisant un commerce qu'elle n'avoit pas fait auparavant, enlève le commerce à une autre nation*, en usant de son droit, *elle ne lui fait point une injure: non plus*, par conséquent, *si elle traite avec une autre nation, pour qu'elle lui vende à elle seule certaines choses, qu'on ne peut tirer que de chez elle, & en les vendant ensuite aux autres qui en ont besoin.* Il est vrai, que *naturellement on doit* en ce cas *les revendre à un prix raisonnable*, pour qu'il n'y ait point de fraude (§. CCLXXXVI.); cependant comme il faut permettre au maitre d'abuser de son droit (§. CCII.), *on ne fait aucune injure, si on les vend à un prix peu raisonnable* (§. LXXXVII.). (*o*)

Du soin de favoriser le commerce.

§. MCXIII. Puisque le commerce avance le bien commun des nations (§. MCXIX.), à l'avancement duquel les nations sont obligées les unes envers les autres (§. MCVIII.), *chaque nation doit contribuer autant qu'elle peut, à avancer ou favoriser le commerce mutuel entre les nations*, par conséquent *elle ne doit point l'empêcher, & elle doit éloigner les obstacles qui pourroient s'y opposer.* C'est pourquoi *elle doit avoir soin, que les choses, qui sont dans le commerce, puissent être importées & exportées commodement & surement, & échangées aisement dans le lieu où elles sont; que les vaisseaux & les voitures puissent arriver & partir en sûreté; que ceux qui importent ou exportent les marchandises ne soient pas retardés; qu'ils n'aient pas de trop grand frais à faire; que les procès qui naissent entre les marchands, soient terminés promptement; qu'on ne fasse rien qui soit contraire au droit acquis par les traités, & bien d'autres choses de ce genre.* (*p*)

Des péages ou droits mis sur les marchandises.

§. MCXIV. Comme personne n'est tenu de faire quelque chose gratuitement pour un autre, qui peut donner quelque chose en retour (§. CCCCLXXIII.), *on peut mettre sur les marchandises qui entrent ou qui sortent, des droits proportionnés aux charges qu'il faut porter à cause du commerce, & au gain qu'on retire de leur vente; il ne faut pas cependant imposer des charges qui n'aient aucun rapport à ces choses* (§. MLVII.). (*q*)

Des marchez.

§. MCXV. On appelle *marchés* ou *entrepots*, des lieux destinés à un commercé continuel entre les nations. *On peut* donc *en tout tems y importer der marchandises à vendre, & en exporter celles qu'on a achetées.* Puisqu'ils facilitent le commerce, *il faut établir des marchés, & y faire les établissemens convenables pour la commodité du commerce* (§, MCXIII.) Par la même raison *il faut accorder des privilèges propres à favoriser le commerce, tels que la permission donnée aux négotians d'habitation perpétuelle, de posséder des immeubles, du libre exercice de leur religion, de suivre entr'eux les loix de leur patrie, de ne point payer de péages, ou de payer moins que les droits ordinaires*, & ainsi du reste. On voit aussi par là à quelles choses une nation peut en obliger une autre par des traités. (*r*)

Des ports.

§. MCXVI. Les *ports* servent à favoriser le commerce maritime; ce sont des lieux renfermés sur les côtes de la mer, dans lesquels on importe, & dont on exporte les marchandises dans des vaisseaux. Pour que les marchands y soient

ne peut empêcher une autre de faire le Commerce avec une autre Nation, à moins de quelque circonstance particuliere: car prise universellement, elle suppose qu'une Nation ne peut jamais se trouver dans le cas d'avoir droit, d'en empêcher une autre de faire le Commerce avec d'autres Nations; or l'on verra ci-après qu'on ne peut admettre cette supposition. Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* II. *Chap.* II. §. 24. *& suiv.*

§. MCXII. (*o*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* II. *Chap.* II. §. 32. *& suiv.*

§. MCXIII. (*p*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.*

soient à l'abri de toute hostilité, *il faut les fortifier; il faut* aussi *faire ensorte que les vaisseaux y soient en sûreté contre les tempêtes.*

§. MCXVII. On appelle *droit d'étape* *, le privilége d'arrêter ceux qui passent sur un fleuve public avec des marchandises, pour les obliger à les vendre, ou, s'ils ne le veulent pas, à payer un tribut; ce qui étant très contraire à la liberté du commerce, *ne doit point être accordé, à moins que des raisons tout-à-fait particulières tirées du bien public ne l'exigent* (§. MCXIII.). *Du droit d'étape.* * *jus stapulæ.*

§. MCXVIII. On appelle *Consuls* des personnes chargées dans les marchés maritimes, ou dans les ports, de conserver les priviléges & les droits de leur nation, & de terminer les procès entre les marchands. *Les Consuls continuent à être sujets de celui qui les établit*, puisqu'ils remplissent un emploi qu'il leur a conféré; *& ils sont considérés dans le territoire de celui qui les reçoit comme des étrangers, qui y séjournent pour leurs affaires.* Il est aisé de voir, que *le droit parfait d'établir des Consuls, & l'obligation de les recevoir naissent des traités* (§. MLXXXIX.), & qu'*on peut y régler ce qui paroit utile de part & d'autre.* (*s*) *Des Consuls.*

§. MCXIX. Puisqu'aucune nation n'a naturellement ni *prérogative* ni *préséance* (§. MLXXXIX.), l'une & l'autre *ne peuvent s'acquérir que par des conventions.* Et en vertu de la liberté des nations, *il est libre à chaque nation de donner à son Prince le nom & les titres d'honneur qu'il lui plait*, mais *elle ne peut contraindre les autres nations à lui donner ces noms ou ces titres.* Cependant *si une nation a acquis par un traité un droit parfait, à ce que son Prince soit appellé d'un tel nom, & qu'on lui donne tels titres, on ne peut les refuser ensuite sans faire une injure* (§. LXXXVII.). (*t*) *Du nom & des titres du Prince.*

§ MCXX. Comme toutes les nations sont naturellement égales (§. MLXXXIX.), & que les Princes représentent leurs nations (§. DCCCCXCIV.), *chaque Prince doit regarder un autre Prince comme son égal;* & comme ce droit ne peut être ôté à celui qui l'a (§. LXXIV.), *si quelqu'un par ses actions ou par ses discours déclare le contraire, il fait une injure* (§. LXXXVII.). Ainsi *tout acte qui tend à mépriser ou à insulter un Prince est une injure.* *Qu'il ne faut pas violer le droit d'égalité.*

§. MCXXI. Aucune nation ne doit léser une autre (§. MLXXXIX.), ni par conséquent violer son droit (ibid.); c'est pourquoi puisque de cette obligation d'un côté, nait de l'autre un droit qui y répond (§. LXXXIX.), *chaque nation a le droit de ne pas souffrir qu'une autre la lèse; &* par conséquent *de ne pas souffrir qu'une autre nation se mêle de son gouvernement*, ce qui d'ailleurs est contraire à la liberté des nations (§. MLXXXIX. LXXXVII). Il suit de-là que *si un Prince charge trop ses sujets, ou les traite trop durement, un autre Prince ne peut pas s'y opposer par la force.* Cependant comme toute nation doit avancer autant qu'elle peut la perfection d'une autre (§. MCVIII.), *il est permis d'intercéder pour eux.* (*u*) *Des lésions des nations.*

§. MCXXII. Comme le Souverain a quelque droit sur les choses sacrées (§. MLXIV.), & qu'il doit avoir soin que ses sujets servent Dieu (§. MXXIV.), aucune nation ne peut en contraindre une autre à embrasser sa religion (§. MCXX.); par conséquent aucune *Qu'il ne faut pas employer la force pour établir sa religion chez les autres nations.*

Liv. II. *Chap.* II. §. 22.

§. MCXIV. (*q*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* I. *Chap.* VIII. §. 94.

§. MCXV. (*r*) Voyez le Discours de Mr. CRASS que j'ai cité ci-dessus aux paragraphes MXCVIII. & MXCIX.

§. MCXVIII. (*s*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* II. *Chap.* II. §. 34.

§. MCXIX. (*t*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* II. *Chap.* III.

§. MCXXI. (*u*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* II. *Chap.* I. §. 18. & *suiv.*

cune n'a le droit d'en ſubjuguer une autre pour cauſe de religion; & même *aucune nation n'eſt obligée de recevoir des Miſſionaires*, c'eſt-à-dire, des perſonnes qui viennent pour prêcher une autre religion, *& s'ils ne ſe retirent pas quand on le leur ordonne, on peut les punir.* (*x*)

Si la différence de religion s'oppoſe aux devoirs des nations entr'elles.

§. MCXXIII. Et comme les devoirs des nations, les unes envers les autres, ne ſuppoſent pas l'identité de religion, mais ſont fondés ſur la nature humaine (§. XXXIX.), *une nation ne peut pas, à cauſe de la différence de religion, refuſer à une autre ce que les nations ſe doivent entr'elles.* C'eſt pourquoi, *quand il s'agit de devoirs d'humanité, on ne doit point regarder à la différence de religion. Beaucoup moins* donc *la diverſité de religion libere-t-elle d'une obligation parfaite contractée* (§. LXXX.)

De la concorde entre les nations.

§. MCXXIV. Enfin comme les nations ſont comme les citoyens de la grande ſociété civile (§. MXC.), elles *doivent vivre dans la concorde entr'elles* (§. MLXXXVII.); par conſéquent, elles *doivent éviter avec ſoin la diſcorde, & ce qui y donne lieu.*

§. MCXXII. (*x*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* II. *Chap.* IV. §. 58. *& ſuiv.*



CHA-

CHAPITRE IV.

Du Domaine de la Nation. (†)

§. MCXXV. *Si une Nation occupe un pays vuide*, puisqu'on acquiert le Domaine des choſes qui ne ſont à perſonne, en les occupant (§. ccx.), *toute la terre, & les choſes qu'elle contient, ſont dans ſon domaine, auſſi bien que les lieux déſerts & ſtériles, ou inutiles, & les droits qui ſont comme attachés à la terre* (§. ccxiv.); & comme elle peut dès-lors diſpoſer de chaque choſe comme il lui plait (§. cxcv.), *ce qui n'eſt pas diſtribué à chaque particulier, ou qui n'eſt pas mis dans la communauté mixte de quelques corps particuliers* (§. cxcvii.), *reſte à toute la nation en corps.* Comme de plus, chaque nation a l'empire civil (§. dcccclxxix.), ſoit qu'elle l'exerce par elle-même, ſoit par quelque autre (§. dcccclxxxii.), & qu'il n'eſt pas douteux qu'elle ne veuille avoir auſſi l'empire ſur le pays qu'elle occupe, ou ſur les terres qui lui appartiennent, *en occupant un pays elle en occupe en même tems l'empire*, & ainſi *tout le pays devient ſon territoire*, car on appelle *territoire*, un lieu dans lequel on a l'empire. Il ſuit de-là que *l'empire*, qui eſt proprement le droit du peuple, *eſt comme attaché au diſtrict de terre que la nation habite*, & par conſéquent *un étranger tant qu'il demeure dans ce pays, comme ſur le territoire d'autrui, eſt ſoumis à l'empire de cette nation.* Auſſi le Prince s'appelle-t-il le *maitre* ou le *ſeigneur du territoire*, ou *du pays.* (y) *De l'origine du domaine de la nation, & du territoire.*

§. MCXXVI. *Si des familles ſéparées habitent enſemble dans un pays, & y poſſédent des fonds particuliers*, comme ces fonds ont été occupés dès le commencement (§. ccx.), *elles en ont le domaine*, mais *les autres lieux*, puiſqu'elles ne les ont pas occupés, *reſtent dans la communauté primitive* (ibid.). *Si des familles ſéparées n'ont point de demeure fixe, & qu'elles errent dans des ſolitudes incultes*, puiſqu'elles ſont cenſées avoir conſenti tacitement, que les fonds qui ſont dans ce pays, où elles changent à leur gré de demeure, reſtent en commun pour ſervir à l'uſage de chacun, & qu'ainſi elles ſont cenſées avoir occupé ces fonds conjointement (ibid.), *les fonds qui peuvent ſervir à leur uſage ſont dans la communauté mixte* (§. cxcvii.), *les autres*, comme n'étant pas occupés, *reſtant dans la communauté primitive* (§. ccx.). Et comme ces familles ſont naturellement libres (§. lxxvii.), & qu'on ne peut leur ôter leur liberté malgré elles (§. lxxiv.), *l'empire ſur des familles ſéparées, ayant une demeure fixe, ou non, ne peut être occupé, mais elles ne peuvent y être ſoumiſes que de leur bon gré.* (z) *Des familles ſéparées.*

§. MCXXVII. Puiſque la nation occupe l'empire avec le domaine (§. mcxxv.), *De l'acceſſion originaire des territoires.*

(†) Chap. IV. On a vu dans le Chap II. de la premiere Partie de ces Inſtitutions, comment les hommes peuvent s'approprier légitimement des choſes qui n'ont point de maitre, qui ſont reſtées dans cette communauté primitive, que l'on ſuppoſe avoir eu lieu. L'application des principes, développés ſur ce ſujet, nous montre comment les Nations doivent ſe conduire à cet égard: notre Auteur en expoſe les principes dans ce Chapitre-ci.

§. MCXXV. (y) Voyez Vattel *Droit des Gens, Liv.* I. *Chap.* XVIII. *Liv.* II. *Chap.* VII.

§. MCXXVI. (z) Voyez Vattel *Droit des Gens, L.* I. *Ch.* XVIII. §. 209. *L.* II. *Ch.* VII. §. 97.

 §. MCXXVIII.

si une nation occupe une isle, ou une terre inhabitée, ou quelque portion de mer adjacente au continent, ce qu'elle occupe devient un accessoire du territoire de cette nation, quelque éloigné qu'il en soit (ibid.).

De la division des choses. §. MCXXVIII. Ce qui après l'occupation a été laissé dans la communauté primitive, est appellé par les Jurisconsultes *choses communes*, ou *biens communs;* ce qui a été mis dans la communauté mixte de toute la nation, & qui y est resté, s'appelle *choses publiques*, ou *biens publics;* ce qui est passé dans la communauté mixte de certains corps particuliers, s'appelle *choses des communes* *, ou *biens des communes;* enfin ce qui a été soumis au domaine de chaque particulier, s'appelle *choses de chacun* ou *appartenantes aux particuliers*, ou *biens des particuliers* †. Puisque le maître peut transférer le domaine de son bien à un autre, aux conditions qu'il lui plait (§. CCCXIV.), *chacun peut faire de son bien le bien des communes, soit directement tel, soit indirectement, ou purement & simplement, ou sous certaines conditions.* Et c'est là la maniere dérivée d'acquérir des choses de communes. (*a*)

* res universitatis.

† res singulorum.

Des biens des communes. §. MCXXIX. Comme les biens des communes appartiennent non-seulement à ceux qui vivent aujourd'hui, mais aussi à ceux qui prennent successivement la place des morts, *les biens des communes ne peuvent être aliénés ou engagés au gré des communes, à moins qu'une nécessité indispensable*, qui n'a point de loi, *ne l'exige, ou qu'il n'y ait un avantage évident pour les communes*, puisqu'alors on ne fait rien au préjudice de la postérité. Comme cependant le soin des choses qui regardent l'utilité publique appartient au Prince (§. MLXXV.), & qu'il a aussi le domaine éminent sur les biens même des communes (§. MLXV.), *on ne peut les aliéner ou les engager sans le consentement du Prince.* Et puisque le domaine exclut tous les autres (§. CXCV.), *aucun de ceux qui sont hors de la communauté ne peut se servir des biens qui lui appartiennent, sans son consentement.*

Des choses publiques. §. MCXXX. Comme *les choses publiques* sont dans la communauté mixte de toute la nation (§. MCXXVIII.), elles *sont dans le domaine de tout le peuple, & leur usa-*

§. MCXXVIII. (*a*) Voyez les *Institutes de* JUSTINIEN *de rer. divis.*

§. MCXXXI. (*b*) La question, si un peuple est obligé d'accorder le passage sur ses terres à une autre nation, est une de celles que l'on a agitées, sans faire attention que c'est une question indéterminée, qui n'admet point de solution générale, & dont l'ouï & le non dépendent entièrement des circonstances. Ainsi il ne faut pas s'étonner, que les sentimens aient été partagés sur ce sujet: on a soutenu l'affirmative ou la négative, selon le point de vue sous lequel on l'a considéré. Voyons comment on peut le fixer. On demande, si une nation est obligée d'accorder à une autre nation le passage sur ses terres? Je réponds, que les Loix de l'humanité nous ordonnent d'accorder tout ce qui peut satisfaire aux besoins d'autrui, si cela se peut faire sans notre préjudice: ainsi si une nation est dans le cas d'avoir besoin de passer par nos terres, & que ce passage ne nous cause aucun préjudice, on doit dans ce cas l'accorder.

Mais si le passage devenoit plus ou moins onéreux à celui auquel on le demanderoit, devra-t-il l'accorder, ou sera-t-il en droit de le refuser? Ici il faut distinguer le besoin de la décessité; & le plus ou le moins de préjudice que pourroit causer le passage, à celui qui l'accorderoit. Je suppose qu'une Nation me demande le passage par mes terres pour éviter un détour, & que ce passage me soit plus ou moins à charge ou onéreux: par quel principe serois-je obligé de souffrir un préjudice, ou de m'exposer à en souffrir, afin de faciliter l'exécution d'un projet qui ne me regarde point? Aucun principe de morale ne m'impose l'obligation de faire un acte onéreux pour moi, afin de rendre ceux d'autrui plus aisés & plus commodes. Conséquemment si la demande est uniquement fondée sur une raison de quelque convenance ou peut-être d'un simple besoin, & non pas sur un motif de nécessité, on est autorisé à la refuser, s'il peut nous causer plus ou moins de préjudice.

Mais si la demande est fondée sur un motif de nécessité, il faut alors distinguer entre le plus &

usage appartient à tout le monde indifféremment: personne cependant ne peut s'en servir, que d'une façon qui ne nuise pas à l'usage public, ou commun à tous (§. CXCVII.). Et comme le maître peut transférer à un autre le droit qu'il a sur une chose (§. CCCXIV.), *le domaine des choses publiques peut* aussi *être transféré au Prince, qui a l'empire non-seulement sur les lieux publics, mais aussi le domaine éminent sur les choses publiques, le peuple en retenant l'usage en tout ou en partie, dont le Souverain peut disposer suivant que l'exige l'utilité commune* (§. DCCCCLXXVI.).

Du droit de passage & de séjour dans le territoire d'autrui.

§. MCXXXI. En vertu du droit d'utilité non nuisible] resté de la communauté primitive (§. CCCXI.), *il faut accorder aux étrangers & à leurs marchandises le passage par les terres & les rivières soumises à notre domaine, il faut aussi permettre aux étrangers d'y séjourner pour des causes légitimes* (§. CCCXII.). Mais comme en vertu de la liberté qu'ont les nations (§. MLXXXIX.), *il faut permettre à chaque nation, ou à celui qui est revêtu de son droit, de juger si le passage n'est pas nuisible, & s'il n'y a point d'inconvénient à craindre pour l'état, du séjour d'un étranger dans son territoire,* & comme *il faut s'en rapporter à ce jugement* (§. LXXVIII.), *il n'est pas permis de passer dans un territoire, ou d'y séjourner, sans le consentement exprès ou tacite du maître.* Il paroit par la même raison, qu'*il dépend du maître du territoire de le permettre aux conditions qu'il lui plait.* Puis donc qu'à moins qu'il ne s'en soit expliqué autrement d'une façon expresse, il n'est censé le permettre qu'à condition, que les actions des étrangers seront soumises aux loix du pays (§. MCXXV.), *les étrangers, tant qu'ils sont dans le territoire d'autrui, sont obligés de faire ou de ne pas faire, ce que les citoyens dans le même tems, & dans les mêmes circonstances devroient faire ou ne pas faire, à moins que des loix particulieres au sujet des étrangers n'en ordonnent autrement.* Et même s'il paroit contraire au bien de l'état, que le pays soit ouvert aux étrangers, *on peut défendre sous une peine, qu'aucun étranger n'entre dans le territoire* (§. DCCCCLXXVI.). (*b*)

De la punition des étrangers, & de la maniere de terminer leurs différents.

§. MCXXXII. Puisque tant que *les étrangers* sont dans le territoire d'autrui, ils

& le moins de préjudice qu'on pourroit souffrir, en l'accordant. Je refuse l'aumône à un pauvre, si je crois qu'il peut s'en passer, ou si moi-même je ne suis gueres en état de faire des largesses. Mais si un homme se trouve dans le cas de mourrir de faim, je ne puis me dispenser de le secourir, quoique je ne sois pas dans un état fort aisé: mais je puis lui refuser du secours, si ce secours me reduisoit à l'état dans lequel se trouve celui qui me le demande. Il en est ainsi de tous les offices d'humanité: dès que celui qui l'exige, n'y est pas porté par une nécessité absolue, il ne peut prétendre que je la lui accorde, si par-là je me causois quelque préjudice: & il ne peut pas le prétendre non plus, si, en l'accordant, je me causois à moi-même un mal équivalent à celui qu'il veut éviter. De-là il s'ensuit, que si une nation se trouve dans une nécessité absolue, de devoir passer par les terres d'une autre nation, celle-ci doit la lui accorder, quoiqu'elle puisse par-là souffrir quelque préjudice; mais elle a droit de le refuser, si ce passage doit lui causer un préjudice équivalent à celui que la nation qui le demande, pourroit souffrir par le refus. Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* II. *Chap.* IX. §. 123.

N'oublions pas de remarquer, que le devoir d'accorder le passage est, en tout cas, un devoir imparfait, qu'on ne peut exiger par un droit parfait, que dans le seul cas où l'on pourroit juger avec évidence, que le refus est fait uniquement par mauvaise volonté. PUFENDORF a traité cette question dans le *Droit de la Nature & des Gens, Liv.* III. *Chap.* III. §. 5. GROTIUS en parle *Droit de la Guerre & de la Paix, Liv.* II. *Ch.* II. §. 13. On peut consulter ces deux Auteurs & leurs Commentateurs, & on verra que faute de faire attention à la nature de la question qu'ils agitoient, ils ont de part & d'autre employé des raisonnemens assez vagues pour défendre le sentiment qu'ils jugeoient devoir adopter.

Les Auteurs, qui soutiennent l'affirmative, alleguent en faveur de leur opinion un reste de la communauté primitive: ils prétendent que jamais on n'a pu tellement s'approprier les terres, jusques

ils sont soumis aux loix du pays (§. MCXXV.), *s'ils commettent quelque délict dans le territoire d'autrui, ils doivent être punis selon les loix du pays, & s'il nait quelque différent entr'eux & les citoyens, ou aussi entre deux étrangers, ils doivent être décidés selon les loix du pays, par les juges du pays.* Il suit de-là, qu'*un étranger doit être puni pour les injures faites à un citoyen, ou à un autre étranger, & contraint à remplir ses contracts.* (*c*)

Des injures d'un citoyen contre un citoyen étranger.

§. MCXXXIII. Comme on ne peut imputer à personne le fait d'autrui (§. XXVI.), *si le citoyen d'une nation lese celui d'une autre, ou lui fait une injure, on ne peut l'imputer à la nation.* Mais comme on peut le lui imputer, si elle y concourt de quelque maniere que ce soit, comme en le ratifiant, ou en l'approuvant (ibid.), *si elle ratifie soit expressément, soit tacitement l'injure qui a été faite, on peut la lui imputer.* Il n'importe pas que l'injure ait été faite dans le territoire de la nation ou ailleurs. (*d*)

Qu'il ne faut pas souffrir qu'on lese les sujets d'autrui.

§. MCXXXIV. Mais comme aucune nation ne doit en léser une autre (§. MLXXXIX.), ni aucun homme léser un autre homme (§. LXXXVIII.), *le Prince ne doit pas souffrir que quelqu'un de ses sujets cause quelque dommage, ou fasse une injure à un citoyen d'une autre nation.*

Du droit de constituer à une autre nation un droit sur notre propre territoire.

§. MCXXXV. Comme chaque nation a le domaine & l'empire sur le pays qu'elle habite (§. MCXXV.), & qu'ainsi le pays est sien (§. CXCV.); *toute nation peut constituer un droit, sur son territoire, à une autre nation ou à ses sujets,* comme, par exemple, lui accorder le droit de pecher dans un fleuve, d'avoir une forteresse sur son territoire, ou une garnison dans un certain fort, ou d'acheter & de posséder des fonds (§. CCLX.). (*e*)

Qu'on n'a point de droit sur le territoire, ni dans le territoire d'autrui.

§. MCXXXVI. Par la même raison, & puisqu'on ne peut ôter à personne son droit (§. C.), ni rien faire contre ce droit (§. LXXXVI.), *aucune nation n'a le droit d'en chasser une autre du pays qu'elle habite, pour s'y établir elle-même, ni de réculer les bornes de son empire,* c'est-à-dire, *de l'étendre sur les pays de la nation voisine au-delà des bornes de son propre territoire, ni de se soumettre, ou de subjuguer une*

ques à en pouvoir empêcher le passage. Ce que j'ai dit au §. CLXXXVI. touchant la communauté primitive, fait assez voir que je ne goute pas cette raison; je n'ai pas même besoin d'en donner de nouvelles pour la refuter. J'ajouterai seulement que les vérités que notre Auteur expose dans la *P.* VI. *Ch.* IV. de son grand Ouvrage & qu'il déduit du Droit qui est resté, selon lui, de la communauté primitive, peuvent être prouvées sans avoir recours à cette hypothèse. Voyez notre Auteur dans son grand Ouvrage du *Droit des Gens*, *Ch.* VI. *§. 686. & suiv.* VATTEL *Droit des Gens*, *L.* II. *Ch.* VIII. §. 123. *& suiv. Liv.* III. *Chap.* VII. *§.* 119.

§. MCXXXII. (*c*) Voici comment il faut entendre ce qui est enseigné dans ce paragraphe. 1. Si un Etranger commet quelque crime dans l'endroit où il se trouve, les Juges du lieu, où il le commet, peuvent le juger suivant les loix du pays. Cette vérité répond à cette maxime de pratique : *ubi te invenio, ibi te judico.* 2. Si un Etranger a quelque différent dans l'endroit où il se trouve, avec un habitant du lieu ou un autre Etranger, c'est le Juge du lieu où ils sont qui doit vuider leur querelle. Observez que ceci doit s'entendre des différents qui naissent sur des actes, faits dans l'endroit même où se trouvent ces Etrangers; hors ce cas-là le Juge du lieu doit juger suivant les loix du pays où le fait, qui donne lieu à la contestation, se fera passé. Mr. de VATTEL ne paroit pas avoir fait attention à cette regle. „ Par la même raison (dit-il § 103. *Liv.* „ II. *Ch.* VIII. en parlant de l'effet de la soumis„ sion, que les Etrangers doivent aux loix du pays „ où ils se trouvent) les différents qui peuvent „ s'élever entre les Etrangers, ou entre un E„ tranger & un Citoyen, doivent être terminés „ par le Juge du lieu, & suivant les loix du lieu : „ pourvû ajoute-t-il) qu'il ne s'agisse point „ d'un fonds de terre, ou d'un droit attaché au „ fonds." Ce ne sont pas seulement les différents sur les fonds de terre, qui sont exception à la regle que notre Auteur donne dans ce paragraphe: il en est bien d'autres qui n'en permettent

une autre nation, parce qu'elle habite un pays qui nous étoit inconnu auparavant, ou d'y occuper quelque lieu, & de s'y arroger quelques droits; & en général *aucune nation, ni aucun particulier étranger, ne peut s'arroger quelque droit dans le territoire d'autrui.* (*f*)

§. MCXXXVII. Comme *un étranger, qui passe ou qui séjourne dans le territoire d'autrui*, ne change pas pour cela de domicile (§. MCIII.), il *demeure citoyen de sa nation;* par conséquent, *s'il fait une injure à son concitoyen, ou qu'il lui cause du dommage, il peut, à son retour dans son pays, être puni & contraint à réparer le dommage, & s'il fait un testament, il doit le faire suivant les loix du lieu de son domicile.* Comme cependant une nation est obligée à reconnoitre la jurisdiction d'une autre nation (§. MCXX.), *un testament est valide comme judiciaire, s'il a été déposé au tribunal du lieu où il a été fait.* (*g*) *Si ceux qui sont dans un territoire étranger demeurent citoyens de leur nation.*

§. MCXXXVIII. Puisqu'*un étranger, qui passe ou qui séjourne dans le territoire d'autrui*, demeure citoyen de sa nation (§. MCXXXVII.), *s'il y meurt, il a pour héritier celui qui doit lui succéder selon les loix de sa patrie.* Et comme le Prince n'a droit que sur les actions d'un étranger, qui ont quelque rapport au but de la société civile, pour qu'il ne lui nuise en rien (§. MCXXXI.), *les biens qu'il a avec lui sont à celui qui est son héritier dans sa patrie*, par conséquent *ils n'appartiennent point au fisc, & on ne peut lui ôter le droit de faire son testament.* C'est pourquoi puisqu'on appelle *droit d'aubaine*, celui par lequel les étrangers sont privés du droit de succéder aux biens du défunt, soit citoyen, soit étranger, & ne peuvent par conséquent ni être institués héritiers par un testament, ni recevoir des legs, *ce droit est contraire au droit des nations, non seulement par rapport à l'étranger mort dans le territoire d'autrui, mais encore par rapport aux citoyens, ou aux sujets*, puisque le Souverain n'a que le domaine éminent sur les biens des citoyens (§. MLXV.). (*h*) *Du droit d'aubaine.*

§. MCXXXIX. Comme *l'usucapion & la préscription* sont de Droit naturel (§. CCCCLXIII.), elles *ont lieu aussi entre les nations* (§. MLXXXVIII.). Comme cependant il peut y avoir entre les nations plusieurs raisons de silence, quoique l'une *De l'usucapion & de la prescription.*

tent pas l'application; je viens de l'indiquer. Encore Mr. VATTEL ne parle pas assez exactement lorsqu'il affirme, *que les différents, qui concernent les fonds de terre, ne peuvent être jugés ailleurs que dans l'Etat dont ils dépendent:* car rien n'empêche, que des Juges en Europe ne décident des différents, qui concernent des fonds de terre situés en Amérique. Tous les jours cela se voit dans les Tribunaux. Il suffit que les Juges du lieu, où se trouvent les litigeans, prononcent suivant les loix de l'endroit où le fonds de terre, qui est en litige, est situé. Il en est de ces cas comme de ceux, dans lesquels un Juge doit prononcer sur un différent au sujet d'un contract: la décision doit se faire suivant les loix du lieu, dans lequel le contract a été fait.

§. MCXXXIII. (*d*) C'est donc à tort qu'on attribue à une nation, en guerre avec une autre nation, les déprédations, les pirateries, les excès & les hostilités que des particuliers commettent contre celles qui sont neutres: à moins qu'on ne voye que la nation elle-même y prête la main, les encourage, ou les protege de l'une ou de l'autre maniere. Voyez VATTEL *Droit des Gens, L.* II. *Ch.* VI.

§. MCXXXV. (*e*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* II. *Chap.* VII. §. 89.

§. MCXXXVI. (*f*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* II. *Chap.* VII. §. 90. & *suiv.*

§. MCXXXVII. (*g*) Ce que l'Auteur enseigne dans ce paragraphe, pourroit fournir matiere à une digression assez ample: mais comme elle me meneroit trop loin, je me contenterai de dire, qu'on peut trouver des éclaircissemens dans les Commentaires de VOET *ad t. ff. qui test. facere poss.* §. 14. & 17. Ce Savant d'ailleurs cite d'autres Auteurs & des Ouvrages que l'on peut consulter: on peut consulter aussi SAND. *l.* I. *t.* I. *D.* 14. & sur-tout HERTIUS *de collis. LL. S.* 4. §. 10. Voyez encore VATTEL *Droit des Gens, Liv.* II. *Chap.* VIII. §. 107. & *suiv.*

§. MCXXXVIII. (*h*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* II. *Chap.* VIII. §. 112.

l'une fache que fa chofe eft retenue injuftement par une autre, *l'abandon* requis pour l'ufucapion, & pour la prefcription qui en eft la fuite (§. CCCCLI. CCCCLII.), *ne fe préfume pas auffi aifément entre les nations qu'entre les particuliers, à caufe d'un long filence.* Et comme c'eft non celui qui poffede, mais celui qui demande la chofe qui doit prouver fon domaine (§. CCLXII.), ce qui ne peut fe faire fi *la poffeffion* eft *immémoriale*, c'eft-à-dire, fi on ne fouvient pas de fon commencement, *la prefcription immémoriale doit être admife entre les nations.* Mais comme les nations peuvent traiter entr'elles touchant les chofes qui regardent l'utilité commune (§. MXCI.), *fi les nations voifines conviennent entr'elles au fujet de la prefcription, elle aura lieu de la maniere dont on fera convenu.* Et il convient très fort au but de la grande fociété civile que cela fe faffe. (*i*)

§. MCXXXIX. (*i*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* II. *Chap.* XI.



CHA-

CHAPITRE V.

Des Alliances. (†)

§. MCXL. On appelle *Puiſſances ſouveraines* les perſonnes qui ont le ſouverain empire dans la ſociété civile; & Puiſſances *inférieures* ou *ſubordonnées*, celles qui exercent quelque partie de l'empire dépendamment, & au nom de la Puiſſance ſouveraine, tels que ſont les Magiſtrats, & les Généraux. (*k*) *Puiſſances, quelles ſont celles à qui l'on donne ce nom?*

§. MCXLI.

(†) Chap. V. On a pu remarquer, que le Droit univerſel prend différentes modifications ſuivant les différents objets, auxquels on l'applique; en voici la raiſon: les Etres ſuſceptibles de droits, doivent néceſſairement en avoir de différents, ſuivant qu'ils different eux-mêmes les uns des autres, ou qu'ils ont entr'eux des rapports différents. Une Nation conſidérée comme un Etre moral, ou comme une perſonne morale, differe par ſa nature d'un homme, conſidéré comme un individu: les rapports d'une nation à un homme, & ceux d'une nation à une nation ſont donc différents de ceux qui ont lieu d'homme à homme: conſéquemment les droits ne peuvent pas être les mêmes, & ils doivent être différents ſuivant que le feront ces rapports. Voilà la ſource des diſtinctions que l'on met entre les différents droits. Notre Auteur l'a indiqué dans la Préface que nous avons rapportée ſous le §. MLXXXVIII. Mais il eſt des droits & des devoirs, qui ſont tellement eſſentiels à l'Etre moral, qu'ils reſtent les mêmes, quel que puiſſe être d'ailleurs ſon état particulier, ou quelles que puiſſent être ſes relations avec d'autres Etres moraux. De ce nombre ſont ceux qui reſultent des engagemens que les hommes prennent entre eux. Notre Auteur le fait voir dans ce Chapitre, où il expoſe les principes généraux, par leſquels nous devons juger des obligations & des droits, auxquels les promeſſes, que les Nations ſe font, & les engagemens qu'ils prennent, donnent lieu.

§. MCXL, (*k*) Nous avons vu au paragraphe DCCCXXXIII. que ce que l'on nomme empire, droit ſouverain, authorité ſuprême, eſt la faculté morale de diſpoſer des actions libres de ceux qui ſont membres, ou qui ſont partie d'un Etat Civil: cette faculté ſuppoſe à celui qui en jouït, deux attributs ou deux qualités: le premier c'eſt le jugement; le ſecond c'eſt la volonté: le jugement, afin de *diſcerner* comment il doit diſpoſer des actions libres des membres d'un Etat; la volonté, afin de *déterminer* comment ces actions libres devront être réglées & dirigées. Mais cela ne ſuffit pas: car bienque l'on puiſſe juger de ce qui convient d'être fait, & que l'on puiſſe avoir la volonté, que ce que l'on juge devoir ſe faire ſe faſſe réellement, de-là il ne s'enſuit pas que l'on poſſéde les facultés néceſſaires pour y donner l'exécution. C'eſt là le cas de tous ceux qui ſont revêtus du pouvoir ſuprême: tout pouvoir ſuprême doit être ſervi par d'autres puiſſances, afin que la volonté du Souverain puiſſe avoir ſon effet. Notre Auteur les nomme inférieures ou ſubalternes: ce ſont, dit-il, celles qui exercent une partie de l'empire au nom & ſous l'autorité de celui, auquel l'empire appartient. Le Préſident DE MONTESQUIEU les nomme *pouvoirs intermediaires*. Il paroit ne les adopter, que pour les Etats Monarchiques. „ Ces Etats ſe gou„ vernent par des Loix fondamentales, dit-il „ *Liv.* II. *Chap.* IV. . . . ." & quelques lignes après il ajoute: „ Ces Loix fondamentales ſup„ poſent néceſſairement des canaux moyens par „ où coule la puiſſance." Ce ne ſont pas ſeulement les Loix fondamentales, qui ſuppoſent néceſſairement ces canaux; mais toute puiſſance ſuprême le ſuppoſe; comme je viens de le faire voir. Il n'eſt point de puiſſance ſuprême, quelle qu'elle ſoit, qui puiſſe elle-même donner l'exécution à ſa volonté: le prétendre, c'eſt confondre viſiblement les moyens qui dépendent uniquement de la volonté avec ceux, qui ſont purement phyſiques. Pour nous depeindre les caractères eſſentiels du Gouvernement Monarchique, il nous trace ceux du Gouvernement François. Mais ce n'eſt pas bien ſuivre les régles de la Logique de raiſonner ainſi: le Gouvernement François eſt Monarchique; donc tout ce qui caractériſe le Gouvernement François, eſt eſſentiel à un Gouvernement Monarchique quelconque. De plus: l'illuſtre Préſident ſe trompe lorsqu'il prétend, que ces pouvoirs intermédiaires conſtituent la nature du Gouvernement Monarchique: ils ſont partie de la Conſtitution, & concourent à conſtituer la nature du Gouvernement, mais ils ne la conſtituent point. Il y a plus

De la différence entre les alliances & les traités. §. MCXLI. On appelle *alliance*, „ ou *traité d'alliance*, ou *confédération*," une convention que font entr'elles des Puissances souveraines, pour toujours ou pour un long tems, en vue du bien public. Les conventions ou traités qui ne contiennent que des prestations transitoires, ou qu'on ne doit pas répéter, retiennent le nom de *convention* ou *traité*. Comme c'est la même chose, si on fait une chose par soi-même, ou si on la fait par un autre, *ceux qui ont un mandat de la puissance souveraine, peuvent faire ou conclure des alliances* (§. DLI.). Il paroit par la nature des alliances, que *si des puissances souveraines* (des Rois par exemple) *traitent entr'elles, touchant des choses qui regardent leur utilité particulière, ou bien si la puissance souveraine traite avec un particulier, cette convention n'est pas une alliance.* (*l*)

Ce qu'il faut observer au sujet des alliances. §. MCXLII. Les alliances étant des conventions (§. MCXLI.), *il faut observer au sujet des alliances, ce que nous avons démontré touchant les conventions & les promesses* (§. CCCCXXXVIII.). Puisque par les alliances on acquiert un droit parfait (§. CCCLXXX.), *la violation d'une alliance est une injure* (§. LXXXVII.); par conséquent *il n'est pas permis de faire des alliances contraires à celles qu'on a déjà contractées avec une autre nation* (§. LXXXVI.). C'est pourquoi *les premieres alliances*, c'est-à-dire, celles qu'on a contractées auparavant, *sont préférées aux dernieres.* (*m*)

Des alliances d'amitié. §. MCXLIII. Comme aucune nation n'en doit léser une autre (§. MLXXXIX.), *il n'est pas besoin de faire des alliances pour se promettre de ne pas se léser*, ce qu'on appelle communément *alliances d'amitié.* Mais *si quelque nation est dans l'idée, qu'elle peut léser les autres à son gré, on peut fort bien faire des alliances pour se promettre de ne pas se léser* (ibid.). (*n*)

De l'égalité & de l'inégalité des alliances. §. MCXLIV. On appelle *alliances égales*, celles dans lesquelles les contractans se promettent réciproquement les mêmes choses, ou des choses égales; & on appelle

plus de dix ans que, lisant *l'Esprit des Loix*, j'ai fait à-peu-près les mêmes réflexions. On peut les voir dans les remarques que j'ai fournies sur ce livre, & qui y sont ajoutées dans quelques éditions sous le nom d'un *Anonyme*.

§. MCXLI. (*l*) Remarquez que notre Auteur adopte ici une maxime comme vraye en tout sens, qui cependant ne l'est qu'en quelques cas. Il importe de s'y arrêter parce que la même faute a échappé à bien des Savans. Il prétend qu'il est égal qu'on fasse par soi-même une chose, ou qu'on la fasse faire par un autre; & il en conclut, que ceux qui sont munis d'un plein-pouvoir de la part d'un Souverain, sont par là en état de conclure un Traité: „ comme il est égal (dit-il) que „ l'on fasse une chose par soi-même ou par un „ autre, celui qui a plein-pouvoir d'un Souve- „ rain peut faire un Traité." Je dis que la maxime avancée par notre Auteur, n'est pas vraye universellement prise, & j'ajoute, que la conclusion qu'il en tire ne l'est pas non plus. Il n'est pas généralement vrai, que celui qui s'est chargé d'exécuter une chose, ait la faculté de la faire exécuter par un autre: le Droit Canon dit bien *potest quis facere per alium, quod potest facere per se ipsum*: mais le Droit Canon ne fait pas preuve, à moins que le mot *potest* n'ait ici une signification particuliere, que j'avoue ne pas saisir. Ceux qui donnent une commission, font sur-tout attention à la personne, dont ils font choix. Un malade choisit son Médecin: un client s'en rapporte à l'Avocat auquel il remet sa cause. Il en est de même de ceux qui sont préposés aux affaires publiques, à la tête d'un Gouvernement. C'est leur jugement, ce sont leurs talents, ce sont les motifs qu'on leur suppose & sur lesquels on croit pouvoir compter & faire fonds. Après la mort de GUILLAUME II. Prince d'*Orange* les Hollandois ont rétabli à deux différentes reprises le Stadhourat dans la Maison de *Nassau*. Pourquoi? parce qu'ils ont jugé, que la Maison de *Nassau* s'intéresseroit toujours au bonheur de la Nation, & que les Princes d'*Orange*, à la tête du Gouvernement, seront toujours animés de zèle & d'amour pour le bien de la République. Les Hollandois ne peuvent point supposer ces mêmes dispositions dans aucun autre Prince: ils ne peuvent point supposer les mêmes sentimens dans aucune Maison, que l'on croiroit pouvoir lui préférer; aucune Maison n'a des motifs si puissans & si naturels, pour travailler à la conservation & à la prospérité de l'Etat. Tel étant le fondement

pelle *inégales*, celles dans lesquelles ils ne ſe promettent pas des choſes égales ou équivalentes. Elles ſont *inégales du côté le plus digne*, ſi celui qui peut faire ou donner plus promet des preſtations gratuites ou plus grandes; elles ſont *inégales du côté le moins digne*, ſi celui qui eſt moins puiſſant, ou qui eſt trop chargé par quelque preſtation, promet des preſtations ou gratuites, ou plus grandes, ou telles qu'elles le chargent beaucoup. Celles-ci ſe font ou *avec diminution de l'empire*, ſi quelque partie potentielle de l'empire eſt transférée quant à ſon exercice, ou à ſa ſubſtance à la partie la plus digne, ou ſi ſeulement on lui transfere un droit ſur tous les actes qui appartiennent à l'exercice de ce droit, ou bien ces alliances ſe font *ſans diminution de l'empire*, ſi la partie la moins digne s'oblige ſeulement à faire ou à ne pas faire une certaine choſe, que d'ailleurs il lui ſeroit permis de ne pas faire ou de faire, en vertu du ſouverain empire, ou de la liberté naturelle, ou du droit qu'elle a comme nation. *On doit juger de l'équité des alliances égales ou inégales, par les devoirs réciproques des nations* (§. MCVIII.). Mais comme il dépend uniquement de la volonté de celui qui transfere un droit de le transférer ou non, & de le faire aux conditions qu'il lui plait (§. CCCXIV.); & comme ce que quelqu'un déclare ſuffiſamment eſt tenu pour vrai contre lui (§. CCCXVIII.), *les alliances ſont valides, s'il n'y a point de vice dans la maniere de traiter, ſans qu'on faſſe attention à leur équité, ou non équité.* Comme cependant la loi naturelle recommande les devoirs entre les nations (§. MCVIII.), *les nations ſont naturellement obligées à obſerver l'équité, en contractant des alliances.* (*o*)

§. MCXLV. On appelle *nation tributaire*, celle qui eſt obligée de payer un certain tribut à une autre chaque année. Comme les nations ſont naturellement libres (§. MLXXXIX.), *une nation ne peut devenir tributaire que par un traité* (§. DCLXXVII.). Puiſque l'autre partie n'a d'autre droit ſur la nation tributaire, que d'en exiger le tri- *Des nations tributaires.*

ment de la confiance publique, tels étant les motifs, qui ont fait déſirer au Peuple de revoir un Prince d'*Orange* à la tête du Gouvernement, pourroit-on ſoutenir, qu'un *Stadhouder* pourroit faire faire par un autre ce qu'il pourroit faire lui-même? S'il le faiſoit, n'agiroit-il pas diamétralement contre le but de ſon inſtitution? Le Peuple s'en eſt remis à ſon amour, à ſon affection, à ſon attachement pour un pays, que ſes Ancêtres ont delivré du joug Eſpagnol; il veut s'en rapporter à ſon jugement, à ſes lumières, à ſes connoiſſances, à ſes ſentimens; ne ſeroit-ce pas le fruſtrer dans ſon attente, ſi un Prince d'*Orange*, *Stadhouder*, confioit jamais le ſoin des affaires à quelque Prince étranger, qui n'ayant ni les mêmes motifs, ni le même intérêt, ni les mêmes ſentimens, pourroit être détourné d'une maniere ou d'autre de ſuivre le gout, le penchant, & les deſirs de la Nation: & qui peut-être pourroit être entrainé à ſacrifier les intérêts de la République aux intérêts de ſa Maiſon & à ſes vues particulières? On ne prend pas, ce me ſemble, la maxime, dont il eſt ici queſtion, dans ſon vrai ſens, en l'employant comme notre Auteur le fait ici. Quand on dit qu'il eſt égal, que l'on faſſe par ſoi-même ou par un autre, ce que l'on peut faire ſoi-même; on l'entend ou bien par rapport aux choſes qui ne regardent que nous-mêmes, ou qui ne ſuppoſent point d'obligation particuliere d'agir par ſoi-même; ou bien relativement à l'obligation qui en reſulte pour un tiers. Il eſt égal à *Titius* que *Cajus* ait contracté avec lui par lui-même, ou par le miniſtère de *Séjus*: & dans ce ſens, c'eſt-à-dire, relativement au droit qui en reſulte pour *Titius*, il eſt égal que *Cajus* contracte par lui-même ou par *Titius*: mais le fait de *Cajus* ne ſeroit pas indifférent relativement à quelqu'un, qui lui auroit donné commiſſion de traiter avec *Titius*: on ſent que dans ce rapport la maxime eſt fauſſe.

§. MCXLII. (*m*) On ſent aſſez que les dernieres paroles de ce paragraphe doivent être entendues des Traités faits avec une autre Puiſſance, que celle avec laquelle on a des engagemens: car quant à ceux qui ſe font entre les mêmes Puiſſances, les poſterieurs dérogent toujours aux anterieurs. Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* II. *Chap.* XII. §. 165. & *ſuiv.*

§. MCXLIII. (*n*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* II. *Chap.* XII. §. 169. & *ſuiv.*

§. MCLXIV. (*o*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* II. *Chap.* XII. §. 172. & *ſuiv.*

tribut comme de ſon débiteur (§. CCCXXXVI), *une nation devenue tributaire ne perd pas pour cela la ſouveraineté de l'empire* (§. DCCCCLXXXI.).

Des alliances réelles & perſonnelles. §. MCXLVI. Comme l'alliance perſonnelle eſt reſtreinte aux perſonnes contractantes (§. CCCC.), & que la réelle ne l'eſt pas (§. CCCCI.), *l'alliance n'eſt pas perſonnelle, ſi l'on a ajouté les noms des contractans ſeulement, pour montrer par qui l'alliance a été faite.* On voit auſſi par là, que *l'alliance eſt réelle, ſi elle eſt faite pour toujours, ou pour un certain tems, ou avec celui avec qui l'on traite & avec ſes ſucceſſeurs, ou auſſi pour une utilité permanente de la ſociété civile, ou avec cette addition, pour le bien du Royaume.* Pareillement *l'alliance qu'on fait avec un peuple libre*, ou avec un Etat populaire, *eſt une alliance réelle*; & comme, quand la forme de gouvernement change, le peuple reſte le même, puiſque c'eſt l'aſſociation qui fait le peuple (§. DCCCCLXXIV.), & non pas la maniere d'exercer l'empire, *cette alliance ſubſiſte, quoique la forme de gouvernement change, à moins*, comme cela eſt évident, *que la raiſon de l'alliance ne fut particuliere à l'Etat populaire.* (*p*)

De l'obligation qui nait de l'alliance & des traités des Rois. §. MCXLVII. Puiſque le Roi a le droit du peuple (§. DCCCCLXXXII.), & que par conſéquent c'eſt en vertu du droit du peuple qu'il fait des alliances (§. MCXLI.), *l'alliance*, qui eſt cenſée faite avec la nation elle-même, *oblige auſſi le peuple & les ſucceſſeurs du Roi; & le droit acquis par l'alliance paſſe auſſi à eux, à moins qu'il ne fut perſonnel* (§. MCXLVI.). Il ſuit de-là, que *ſi le peuple devient libre par la mort, ou par l'expulſion, ou par la dépoſition du Roi, ou s'il élit un autre Roi, l'alliance ſubſiſte, à moins qu'elle n'eut été faite pour la défenſe de la perſonne du Roi*, puiſqu'alors elle eſt perſonnelle (§. CCCC.). La même choſe doit s'appliquer aux autres traités des Rois ou des Princes. C'eſt pourquoi *ſi le Prince emprunte de l'argent des particuliers pour le compte de l'Etat, ſes ſucceſſeurs & le peuple ſont obligés de le payer, avec l'intérêt convenu.*

Des alliances faites avec une nation d'autre religion. §. MCXLVIII. Puiſque les alliances ſe font au ſujet des choſes qui ſervent à la conſervation & à la perfection de la nation (§. MCXLI.), & que les nations, comme nations, ſont naturellement obligées à y travailler (§. MXCV.), *il eſt permis de faire des alliances avec une nation, attachée à une autre religion quelconque, ou même qui n'a point de religion, & même encore contre une nation qui eſt de notre religion.* (*q*)

De la garantie. §. MCXLIX. On peut voir par ce que nous avons dit, quels ſont les cas où l'on peut manquer à une alliance ou s'en départir (§. CCCCXLII.). Pour aſſurer les alliances un tiers donne quelquefois ſa *garantie*, qui eſt une promeſſe faite aux deux alliés ou confédérés, ou à l'un des deux, qu'on obſervera les conventions; par conſéquent *le garant*, qui l'a promis, *eſt obligé de donner du ſecours contre celui qui ne veut pas garder les conventions, au cas que l'autre en ait beſoin*, c'eſt pourquoi *il n'y eſt pas obligé, à moins qu'on ne le lui demande.* D'où l'on voit quelle eſpèce de convention tacite contient la garantie. La *garantie* eſt appellée *générale*, quand on la donne pour tous les articles, dont on eſt convenu dans l'alliance; & on l'appelle *particulière*, ſi c'eſt pour quelques articles ſeulement. Et l'on appelle *traité garanti*, celui auquel eſt jointe une garantie, ſoit générale, ſoit particulière. Et puiſque *la garantie* regarde ſeulement l'utilité de celui à qui on la donne, *on peut*

§. MCXLVI. (*p*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* II. *Chap.* XII. §. 183. *& ſuiv.*

§. MCXLVIII. (*q*) C'eſt ainſi que FRANÇOIS I. Roi de France, a ſouvent recherché l'Alliance des Turcs contre l'Empereur CHARLES V.

§. MCXDIX.

peut la donner, sans consulter celui contre qui on la donne, & à son insu; & si plusieurs Puissances font une alliance entr'elles, elles peuvent toutes conjointement donner une garantie à chacune en particulier. On voit aisément au reste, qu'*il faut distinguer de la garantie une alliance, par laquelle quelqu'un promet du secours à un autre, contre celui qui tache de lui enlever son droit, comme aussi la fidéjussion pour une autre nation, par laquelle on promet qu'on fera soi-même ce que doit une autre nation, au cas qu'elle ne le fit pas elle-même* (§. DLXIX.). Enfin comme personne ne peut enlever à un autre son droit (§. C.), *la garantie n'est censée donnée que sauf le droit d'un tiers.* (*r*)

§. MCL. Comme le gage se donne pour sûreté d'une dette (§. DCXCVII.), *on peut aussi dans les alliances, ou dans les autres traités assûrer par des gages l'observation des conventions.* Et comme on ne peut engager que ses propres choses, & les engager cependant pour la dette d'autrui (§. DCC.), *non seulement on peut engager les choses qui sont dans le domaine de la nation*, telles que des villes, certaines portions de territoire, des provinces entières, des droits appartenant à la nation, des choses précieuses qui appartiennent à la société civile, *mais le Prince peut encore engager ses propres choses, ou ses biens privés pour les dettes de la nation.* Mais *si on livre une province entiere, ou une certaine portion du territoire, pour sûreté de ce qui a été prêté, ou de ce qu'on doit pour quelque cause que ce soit, il se joint alors un traité antichrestique à l'engagement;* car on appelle *antichrése* le droit de jouïr & d'user de la chose engagée, au lieu de l'argent qu'on a prêté, & cela en compensation des intérêts. Et comme il faut s'en tenir aux conventions (§. CCCCXXXVIII.), *il faut juger par les articles, dont on est convenu, du droit acquis par le traité antichrestique.* C'est donc par là qu'on peut juger, si l'empire a été en même tems engagé, ou non. Il est évident au reste, que *l'engagement & l'antichrése cessent, lorsqu'on a fait ce pourquoi la chose a été donnée en gage*, quoique *la chose engagée puisse être retenue pour une autre dette* (§. DCCVI.), *à moins qu'on n'en soit convenu autrement d'une façon expresse* (§. CCCXXXVII. CCCXLII.). (*s*)

Des gages donnés entre les nations, & de la convention antichrestique.

§. MCLI. On appelle *Otages* des personnes qu'on livre pour sûreté d'une dette, c'est-à-dire, pour assurer qu'on observera les conventions, ou qu'on payera ce qu'on doit. Ainsi *les otages sont proprement donnés en gage* (§. DCXCVII.), *& on les peut retenir jusqu'à ce qu'on ait fait ce qui est dû.* C'est pourquoi *celui qui les reçoit a le droit de les garder autant qu'il le faut, pour qu'ils ne s'enfuient pas, mais il n'a point le droit de les contraindre à travailler;* puisque ce seroit la même chose que se servir du gage (§. DCCII.). Comme personne n'a droit sur la vie d'un autre (§. CXLI.), *on ne peut engager la vie des otages;* consequemment *on ne peut engager que leur liberté* (§. LXXVII.). Cependant *ils ne sont pas* pour cela *esclaves* (§. DCCCCXLVII.), mais *ils le deviennent lorsqu'on ne fait pas ce pourquoi ils avoient été donnés* (§. DCXCVII.); *& alors on peut les retenir en captivité*, mais *on ne peut les tuer.* Ainsi *les otages cessent de l'être lorsque celui, qui les a donnés, manque à sa foi;* & comme *les otages* sont réellement des gages, *s'ils ont été donnés pour une cause, on peut les retenir pour une autre, à moins qu'on n'en soit convenu autrement d'une façon expresse* (§. MCL.). Comme de plus les frais nécessaires faits pour le gage doivent être restitués par celui qui l'a constitué (§. DCCIII.), & qu'il faut payer ses dettes (§. DCCLI.), *celui qui a donné*

Des otages.

§. MCXLIX. (*r*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* II. *Chap.* XVI. §. 235. *& suiv.*

§. MCL. (*s*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* II. *Chap.* XVI. §. 240. *& suiv.*

né les otages doit restituer les frais faits pour leur entretien, & l'otage doit payer les dettes qu'il a contractées, avant qu'on le laisse aller.

De l'obligation où est envers l'otage celui qui le donne. §. MCLII. *Celui qui donne l'otage*, étant obligé de faire ce pourquoi il donne l'otage, & de libérer l'otage (§. MCLI.), il *s'oblige envers celui qui est donné, de le libérer*; par conséquent, puisqu'il devient esclave, ou que du moins on peut le retenir captif, si celui qui l'a donné manque à sa foi (ibid.), celui qui le donne s'engage *à le racheter*. Et puisque aller en ôtage est une charge qu'on porte pour le bien public, à laquelle, par conséquent, est obligé tout citoyen, & non pas seulement celui qui est donné en ôtage (§. MXXXVII.), *la société civile, ou le Prince doit dédommager l'otage, ou ses parens des inconvéniens qu'ils souffrent par là. Si l'otage donné est ou fidéjusseur, ou fidéjusseur solidaire, ou sponseur*, duquel nous allons parler tout à l'heure, il est évident que, *si l'on ne fait pas ce pourquoi on le donne, il est obligé par son propre fait.* (*t*)

De la sainteté des alliances. §. MCLIII. On appelle *saint* ou *sacré* dans le Droit des Gens, ce dont le salut public, ou le salut commun des nations, demande l'inviolabilité. C'est pourquoi puisque les alliances se font pour le bien public (§. MCXLI.), & que non-seulement on doit les garder comme les autres conventions (§. CCCCXXXVIII.), mais qu'encore il importe infiniment aux nations qu'on les garde; *les alliances sont sacrées, & doivent être regardées comme telles par les nations*; & puisqu'en traitant des alliances, on ne doit pas faire attention à la différence de religion, *la sainteté de la foi donnée n'a point de rapport à la religion de la nation avec laquelle on fait alliance.* (*u*)

De l'engagement tacite. §. MCLIV. Quand on convient au sujet d'une affaire, on convient aussi tacitement

§. MCLI. & MCLII. (*t*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* II. *Chap.* XVI. §. 245. *& suiv.* Notre Auteur compare les ôtages à des choses données en gage: il oublie assurément, qu'il y a une extrême différence entre une chose inanimée & un être qui peut consentir plus ou moins & conditionnellement à un état, dans lequel on veut le mettre pour un but commun. D'ailleurs le droit de retenir un gage pour d'autres motifs, que pour ceux pour lesquels il a été donné, n'est point du tout fondé en raison. Je l'ai indiqué dans la note au §. DCCVI. Mr. VATTEL fait sur cela des reflexions très judicieuses, *Droit des Gens*, *Liv.* II. *Chap.* XVI. §. 249.

§. MCLIII. (*u*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* II. *Chap.* XV.

§. MCLIV. (*x*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* II. *Chap.* XV. §. 234.

§. MCLV. (*y*) Ce que l'Auteur enseigne dans ce paragraphe, découle si évidemment des principes les plus incontestables du Droit naturel, qu'on auroit lieu de s'étonner que des célèbres Jurisconsultes ont pu en douter, si l'expérience ne faisoit voir que les plus grands génies peuvent tomber dans les erreurs les plus sensibles, dès qu'ils s'écartent des vrais principes. L'illustre Président DE BYNCKERSHOEK prétend *L.* II. *C.* VII. de ses *Quæst. Jur. Publ.* que tout ce qu'un Ambassadeur fait contre ses instructions quoique illimitées, ne peut obliger le Souverain qu'il représente, parce que celui-ci ne peut être lié que par son consentement, & que son consentement est nul, dès que ses ordres manquent, ou que ses ordres sont contraires à ce qui a été arrêté, & conclu en son nom. Je ne m'arrêterai pas à réfuter ce sophisme: ce que j'ai noté au §. MDLII. suffit pour en sentir le peu de solidité: j'observerai seulement, que Mr. DE BYNCKERSHOEK emprunte les principes de son opinion, & les raisons dont il se sert pour l'appuier, de quelques passages du Droit Romain: comme si le Droit Civil d'un peuple, ou les sentimens de quelques Jurisconsultes, en matiere de Droit Civil, pouvoit servir de regle aux Nations, pour y conformer leurs actions: encore si le Droit Romain étoit, sur le point dont il s'agit ici, conforme à ces principes de morale ou de Droit naturel, qui, selon JUSTINIEN, sont immuables; mais j'ai fait voir, si je ne me trompe, au paragraphe MDLI. que la doctrine du Droit Romain est très défectueuse sur ce sujet. Mr. DE BYNCKERSHOEK a raison de dire, que les usages entre les Nations changent comme leurs mœurs: mais il a tort d'attribuer aux usages modernes plus d'autorité, qu'ils ne peuvent en avoir. S'il est d'usage aujourd'hui qu'un Ambassadeur ne traite, que sous la condition tacite, que l'engagement n'aura son plein effet, qu'après qu'il aura été ratifié par son Maitre, il n'y a point de doute que, si la

ment de toutes les autres choses requises, pour que l'affaire puisse avoir lieu. C'est pourquoi, *ce sans quoi ce dont on est convenu ne peut subsister, est censé convenu ou promis tacitement.* Ainsi tout contract bienfaisant renferme l'indemnité de celui, qui fait gratuitement quelque chose pour un autre, puisqu'il ne peut subsister indépendamment de l'obligation, ou est chacun de ne pas devenir plus riche au dommage d'autrui (§. CCLXXI.). On appelle *engagement tacite*, celui qui est fondé sur un consentement tacite; & qui par consequent *ne doit pas être moins sacré qu'un engagement exprès*, c'est-à-dire, fondé sur un consentement exprès. (*x*)

§. MCLV. *Les puissances subordonnées*, tirant tout leur droit de la puissance souveraine (§. MCXL.), elles *ne peuvent rien promettre au nom de la puissance souveraine, que par un mandat exprès, ou se tenant, dans les bornes de l'affaire à laquelle elles sont préposées, & elles ne peuvent pas obliger autrement ceux, sur qui elles sont préposées, ni la puissance souveraine.* (*y*) *Du droit des puissances subordonnées.*

§. MCLVI. Les latins donnent le nom de *sponsion* (*) à un traité qu'on fait au sujet de l'Etat, sans ordre de la puissance souveraine, & en sortant des bornes de l'affaire à laquelle on est préposé: „ & ils appellent *sponseur*, celui qui fait „ un pareil traité." Il est aisé de voir, que *le sponseur promet qu'il fera ensorte que la puissance souveraine ratifie ce qu'il promet*, & que par conséquent *il s'y oblige* (§. CCCLXXX.). Comme personne ne peut être obligé sans sa volonté par un autre envers un tiers (§. CCCLXXXV.), *la sponsion n'oblige point la puissance souveraine, à moins qu'elle ne la ratifie expressément, ou tacitement, c'est-à-dire, en faisant, après qu'elle en est informée, une chose qui ne peut être rapportée probablement à une autre cause; beaucoup moins* donc *est-elle obligée, si elle la désavoue expressément.* Puisque *le spon-* *Des sponsions.*

la ratification ne s'ensuit pas, l'engagement devient nul; mais ce n'est pas de quoi il s'agit ici: la question est de savoir si, lorsqu'un Souverain envoie à un autre Souverain quelqu'un pour traiter en son nom, & que dans sa lettre il marque, que celui qu'il envoie a plein-pouvoir de finir telle ou telle affaire, & qu'il tiendra ce qui sera arrêté & conclu avec lui comme s'il avoit agi par lui-même, si, dis-je, dans tel cas le fait de l'Ambassadeur lie le Souverain, ou non; même dans les cas, où l'Ambassadeur auroit mal observé ses ordres ou son instruction particulière? Il me paroit que l'affirmative de cette proposition ne doit pas souffrir de difficulté, à moins que l'on ne veuille faire violence à la bone foi. Un Souverain est obligé, tout comme un particulier, de savoir à qui il donne sa confiance: s'il remet une affaire entre les mains d'un homme qui, soit par incapacité, soit par d'autres défauts, la conduit mal, c'est à lui-même qu'il doit s'en prendre, comme il peut se glorifier de son choix, si la négociation est conduite & terminée à son avantage: aucun motif ne peut le dégager de ce devoir. Il est inutile de dire, que le Souverain n'ayant pas consenti à un engagement, qui seroit contraire aux ordres donnés par une instruction particulière: on se mocqueroit au bareau d'une pareille raison, si on l'entendoit alleguer à un Négotiant, qui auroit donné un plein-pouvoir d'acheter ou d'agir, & une instruction secrète pour ne faire l'achat qu'à un certain prix: dès qu'il donne un plein-pouvoir général, pour être communiqué à celui avec lequel il faudra traiter, il consent par cela même, par rapport à celui avec lequel l'engagement sera pris, à tout ce que son mandataire fera; & conséquemment aussi aux engagemens que celui-ci pourroit prendre à son desavantage. Mr. DE VATTEL ne traite cette matiere qu'assez légèrement dans son *Droit des Gens*, *Liv.* II. *Chap.* XIV. §. 156. Notre Auteur se contente au §. 1042. de son grand Ouvrage de renvoyer son Lecteur à ce qu'il enseigne, par rapport au mandat; dans la IV. P. de son grand Ouvrage sur le Droit Naturel, §. 649. Voyez GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* II. *Ch.* XI. §. 12. & sur-tout *L.* III. *Ch.* XXII. §. 4.

(*) *Sponsio.* Mr. BARBEIRAC ne connoissant point de mot françois pour rendre ce mot dans sa traduction de PUFENDORF, s'est servi d'une périphrase; nous avons cru qu'en traduisant un Auteur, aussi méthodique que Mr. WOLFF, il valoit mieux garder le mot latin, que de prendre un détour pour le rendre. R. d. T.

ſponſeur promet ſon fait propre, & non pas ſeulement celui d'autrui, *ſi la ratification ne ſuit pas*, il *eſt obligé envers celui à qui il a promis, pour tout ce qui lui importe* (§. CCCCXV.), par conſéquent *tous ſes biens ſont engagés pour cela* (§. DCCV.), *& même ſa liberté* (§. DCCCCL.); enſorte que s'il ne peut pas ſatisfaire de ſes biens, il peut être mis dans l'eſclavage. Mais *ſi le ſponſeur a promis une certaine choſe, au cas que la puiſſance ſouveraine ne veuille pas ratifier la ſponſion, il n'eſt tenu à rien de plus* (§. CCCXVII.). (z)

§. MCLVI. (z) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* II. *Chap.* XIV.



CHA-

CHAPITRE VI.

De la manière de terminer les differens entre les Nations. (†)

§. MCLVII. *Les différens des Nations & des Princes* sont leurs disputes sur les droits qui leur appartiennent, ou au sujet de quelque injure. Les *griefs* sont des plaintes sur un droit manifeste, refusé par une autre nation ou par son Prince, ou de quelque injure qu'on a essuyée ou dont on est menacé. Par là l'on voit aisément, quels sont les griefs qui sont justes, & quels sont ceux qui ne le sont pas. Il paroit aussi, qu'*on fait cesser un grief si l'on accorde à une nation son droit, si on lui donne satisfaction sur l'injure qu'elle a reçue, si on cesse de lui en faire, ou si, lorsque la foi est suspecte, on donne des sûretés suffisantes.* Et puisqu'il faut rendre à chacun son droit (§. LXXXVI.), & qu'aucune nation ne doit en léser une autre, ni lui faire une injure (§. LXXXVIII.), *chaque nation est obligée de faire cesser les griefs qu'une autre pourroit avoir contr'elle.* Comme cependant chacun peut remettre son droit (§. CCCXLII.), *une nation peut, si elle le veut, remettre ses griefs*, ou s'en désister. Et puisque les nations suivent entr'elles le droit naturel (§. MLXXXVIII.), *les différens entre les nations doivent s'ajuster de la même manière, que les procès entre les particuliers se terminent dans l'état de nature*, c'est-à-dire, *ou à l'amiable, ou par une transaction, ou par médiation, ou par arbitrage*, & par conséquent *il faut s'aboucher & avoir des conférences, ou des congrès, ou remettre la décision au sort* (§. DCCXC.). (*a*) *Des différens, & des griefs des nations.*

§. MCLVIII. Mais *si quelqu'un ne veut pas consentir à aucun de ces expédiens, ou qu'on prévoye aisément, que le différent ne peut se terminer ainsi, celui qui les offre a droit de faire la guerre à celui qui refuse de les accepter, afin de le forcer à une transaction* (§. DCCXC.). (*b*) *De la guerre permise pour amener une transaction.*

MCLIX. Il paroit par ce que nous avons dit sur le duel (§. DCCLXXXIX.), que *la guerre n'est pas une manière convenable de décider les différents.* C'est donc se tromper très fort que de croire, que les différents des Rois ou des Nations doivent se décider par la force des armes, & que la dernière victoire est équivalente à la sentence portée par un juge. *Si les différents peuvent se décider par la force des armes.*

§. MCLX. Puisqu'il n'y a point de Droit Naturel de talion (§. CLVI.), & que les nations suivent entr'elles le Droit naturel (§. MLXXXVIII.), *le talion est aussi illicite entre les nations.* Mais comme les nations ont le droit de punir les injures qu'on leur a faites (§. MLXXXIX.), *si une nation ne veut pas donner à une autre nation qu'elle a lésée, une satisfaction pour une injure irréparable, ou si l'on ne voit aucune espérance d'avoir satisfaction, la nation lésée peut user du droit de punir, en ôtant à l'autre des cho-* *Du droit de talion, & du droit de punir.*

(†) CHAP. VI. Tout ce que l'Auteur enseigne dans ce Chapitre est très sensé: il seroit à souhaiter que les Puissances pussent se persuader, qu'un Peuple s'en trouveroit toujours mieux d'user de moyens paisibles pour finir ses querelles, que d'en employer de violents: malheureusement l'expérience de tous les tems ne prouve-t-elle que trop, que la voix de la moderation & de la douceur ne se fait gueres entendre à celui qui se croit le plus fort.

§. MCLVII. (*a*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* II. *Chap.* XVIII.

§. MCLVIII. (*b*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* II. *Chap.* XVIII. §. 333. *& suiv.*

choses corporelles ou incorporelles, telles que des droits à certains actes dans le territoire de la nation lésée (§. MXLVIII.) (*c*)

Du droit retorqué. §. MCLXI. *Rétorquer un droit*, c'est user contre les sujets d'une autre nation d'un droit, dont elle use elle-même envers les nôtres. Puisqu'il dépend de chaque nation, d'accorder dans son territoire à une autre les droits qu'il lui plait, selon que cela lui paroitra convenable au bien de l'État (§. DCCCCLXXVI. DCCCCLXXVIII.), *chaque nation a la liberté de rétorquer un droit.* (*d*)

Des biens des citoyens engagés pour les dettes de la société civile. §. MCLXII. Comme les nations sont considérées les unes par rapport aux autres comme des particuliers (§. DCCCCLXXVII.); *les biens de chacun en particulier, pris ensemble, doivent être regardés, par rapport aux nations étrangères, comme les biens de la nation;* & par conséquent *ils sont engagés tous indifféremment pour les dettes de la société civile* (§. DCCV.); de même *aussi*, par conséquent, que *les biens privés du Roi* (§. MXII.).

Du droit de représailles. §. MCLXIII. Les nations ayant le même droit qu'a chaque particulier dans l'état de nature (§. MLXXXVIII.), & les biens de chacun en particulier, pris ensemble, devant être regardés, par rapport aux nations étrangères, comme les biens de la nation (§ MCLXII.), *si une nation ne peut obtenir sa chose, ou celle de ses citoyens d'une autre nation qui la retient, ou qui la doit de quelque autre manière que ce soit, ou si cette nation refuse à l'autre, ou à ses citoyens de leur rendre leur droit, l'explétion de droit entre les nations est permise, & il est permis dans ce but de prendre les choses des citoyens quels qu'ils soient* (§. DCCXCIII.). Quand on enleve ainsi les biens des citoyens d'une autre nation, ou du Prince pour explétion de droit, cela s'appelle *représailles.* Il paroit donc, que *les représailles sont permises entre les nations*, & que *le droit de représailles n'appartient qu'aux nations, ou à ceux qui ont leur droit, savoir aux Princes;* par conséquent *un particulier ne peut user du droit de représailles que par la permission du Prince.* (*e*)

De l'androlepsie §. MCLXIV. Puisque la liberté naturelle des citoyens est du nombre de leurs biens (§. CCVII.), *la liberté de chaque citoyen, ou leurs personnes*, auxquelles ce droit est attaché, *sont* aussi *engagées pour les dettes de la société civile* (§. MCLXIII.), par conséquent *si une nation refuse à une autre nation ou à ses sujets leur droit, on peut prendre ses sujets pour gage;* & comme on les prend pour engager cette nation à rendre un droit, *on peut prendre des personnes distinguées par leur mérite, ou leur dignité, de quelque sexe qu'elles soient, & leurs enfans.* Cet enlevement des citoyens faite pour gage, s'appelle *androlepsie*, ou prise d'homme, ainsi *l'androlepsie est permise entre les nations.* Mais comme c'est la liberté seulement des citoyens qui est engagée pour les dettes de la société civile, *si la nation ne peut être portée à rendre le droit*, il paroit, comme à l'égard des otages (§. MCLI.), que *les citoyens saisis peuvent être faits esclaves, ou retenus comme captifs dans une prison*, *mais* qu'*on ne peut les tuer, ni leur infliger quelque peine corporelle afflictive.* (*f*)

De ce qui est permis contre celui qui résiste aux représailles, ou à l'androlepsie. §. MCLXV. Puisque les représailles & l'androlepsie sont permises (§. MCLXIII. MCLXIV.), si quelqu'un résiste à l'exécution des représailles & de l'androlepsie, on

§. MCLX. (*c*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *L.* II. *Ch.* XVIII. §. 339.

§. MCLXI. (*d*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* II. *Chap.* XVIII. § 341.

§. MCLXII. & MCLXIII. (*e*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* II. *Chap.* XVIII. §. 342. & *suiv.* BYNCKERSHOK *Qu. Jur. Pub. L.* I. *C.* XXIV.

§. MCLXIV. (*f*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* I. *Chap.* XVIII. §. 351.

§. MCLXV.

on peut se permettre contre lui ce qui est permis à une personne qui se défend (§. XC.); ainsi *dans ce cas la force qu'on employe ne doit pas se mesurer sur ce qui est dû, mais sur ce qu'il faut pour repousser la force injuste*, par laquelle on résiste. (*g*)

De la réparation du dommage, causé aux citoyens par les représailles. §. MCLXVI. Puisque chacun est obligé naturellement à réparer le dommage qu'il a causé (§. CCLXX.), *celui qui a donné lieu aux représailles, doit dédommager ceux qui ont souffert par là quelque chose, & le Souverain doit avoir soin que leur dommage soit réparé.* En effet aucun des citoyens n'est obligé de payer pour un autre.

Dans quels cas cela doit se faire aux dépens du public. §. MCLXVII. Comme le Prince agit par le droit du peuple (§. DCCCCLXXXII.), & que par conséquent le peuple est censé faire par lui, tout ce qu'il fait entant que Prince, *le peuple est obligé de reconnoitre pour sien le fait du Prince, entant que Prince & par conséquent un fait par où il fait une injure aux étrangers.* Il en est de l'obligation qui nait d'un délict, comme de celle qui nait des alliances; c'est pourquoi *si le Prince par son propre fait, ou un particulier par son ordre, a donné lieu aux représailles, il faut dédommager aux dépens du public ceux qui ont souffert par là quelque chose* (§. MCLXVI.).

De l'effet des représailles & de l'androlepsie. §. MCLXVIII. Puisque les représailles consistent dans l'explétion de droit (§. MCLXIII.), *le domaine des choses prises est acquis par les représailles pour ceux, à cause de qui elles ont été faites, en observant qu'il faut rendre le surplus* (§. DCCXCIII.); & puisque *les représailles & l'androlepsie* sont permises (§. MCLXIII. MCLXIV.), elles *ne fournissent pas une juste cause de guerre à la partie adverse* (§. XCVIII.). D'un autre côté comme vous devez obtenir par ces moyens ce que la partie adverse vous refuse (§. MCLXIII. MCLXIV.), *si vous ne pouvez obtenir votre droit par les réprésailles, & par l'androlepsie*, c'est-à-dire, si vous ne pouvez obtenir la réparation de l'injure qu'on vous a faite, ou une satisfaction, si elle est irréparable, *ce qui rend ces moyens licites, est une juste cause de guerre* (§. XCVIII.). (*h*)

§. MCLXV. (*g*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* II. *Chap.* XVIII. §. 352.

§. MCLXVIII. (*h*) Voyez BYNCKERSHOEK *Qu. Jur. Publ. L.* I. *C.* XXIV. & ce que je dirai au paragraphe suivant, sur ceux qui ont droit de faire la guerre.



CHAPITRE VII.

Du droit de guerre des Nations. (†)

Des différentes espèces de guerre.

§. MCLXIX. On appelle *guerre publique*, celle qui se fait entre les nations, ou sous l'autorité de ceux qui ont le souverain empire, ou la Souveraineté; & l'on appelle *guerre privée*, celle que se font des particuliers de leur propre autorité. Enfin l'on appelle *mixte*, celle qui est en partie publique, & en partie privée, comme, par exemple, si le Prince fait la guerre contre des sujets rebelles. On appelle *guerre offensive*, celle qui se fait contre quelqu'un qui ne pensoit point à faire la guerre; & *défensive*, celle par laquelle quelqu'un se défend contre celui qui lui fait la guerre. La *guerre punitive*, par laquelle on punit un autre, est une espèce de guerre offensive, aussi bien que la guerre *vindicative*, par laquelle nous tachons d'obtenir notre droit, & ce qui nous est dû. (*i*)

Dans quels cas la guerre offensive, punitive & défensive est permise.

§. MCLXX. Puisqu'il n'y a de juste cause de guerre qu'une injure faite, ou qu'on veut faire (§. XCVIII.), *la guerre offensive*, *soit punitive*, *soit vindicative est*

(†) CHAP. VII. Il est d'autant plus nécessaire de méditer ce que l'Auteur enseigne dans ce Chapitre, que plusieurs célebres Ecrivains ont été d'avis & ont même enseigné, que vis-à-vis d'un ennemi tout est permis: ce que l'on va lire prouve qu'aussi bien dans la guerre, que dans *tout* autre état, il faut observer la maxime exprimée dans ces deux vers d'HORACE:

Est modus in rebus sunt certi denique fines,
Quos ultra citraque nequit consistere rectum.

§. MCLXIX. (*i*) Dans le paragraphe LXIX. notre Auteur a donné une définition de ce que l'on désigne par *guerre*, généralement pris: ici il applique sa définition aux Nations, & aux Puissances; & nomme *guerre publique* celle qui se fait par des Nations. L'illustre Président DE BYNCKERSHOEK, qui a cru pouvoir critiquer les définitions de CICERON & de GROTIUS, & y en substituer une autre, s'en seroit peut-être épargné la peine, s'il eut réflechi qu'il n'est pas impossible que même dans l'état civil, deux hommes se trouvent dans un état de guerre: cela arrive très souvent, quand au lieu de suivre les procédés juridiques, on cherche à se nuire, pour tirer raison ou pour se venger de quelque tort qu'on croit avoir reçu. Ce n'est pas une guerre qu'ils se font, dit Mr. DE BYNCKERSHOEK, parce que par là ils pécheroient contre la Loi *Julienne* de la violence privée. Singulière façon de raisonner: parce qu'une Loi Romaine défend aux Citoyens de Rome de répéter par violence ce qui leur est dû, c'est pour cela qu'on ne peut dire, que ceux qui le font soient dans un état de guerre. Et c'est précisément parce qu'ils se mettent en guerre, lorsqu'ils usent de violence pour se rendre raison, que la Loi leur défend cet acte: la Loi le défend parce que le Gouvernement ne veut pas, que les particuliers se fassent raison à eux-mêmes. L'illustre Président confond visiblement le *droit* de faire la guerre, avec la guerre même. CICERON a marqué par l'expression *certatio per vim*, *l'action* qui se fait lorsqu'on est en guerre, & GROTIUS la modifie suivant l'idée qu'on se fait vulgairement de la guerre, en la nommant *status per vim certantium.* C'est se tromper lourdement en définissant une action, un acte, un état, ou une situation quelconque, d'y mêler le droit qu'on a de la faire ou de s'y trouver; & il est encore contre les regles d'ajouter à un définition de *Guerre*, le *juris sui persequendi ergo*; c'est passer visiblement les bornes d'une bonne définition, qui veut qu'on s'en tienne aux essentialités.

La guerre publique est celle, dit notre Auteur, qui se fait entre les Nations, la guerre privée, celle qui se fait entre particuliers: au §. MLXVI. il a enseigné, que le droit de guerre est un de ceux que l'on nomme souverains, & de là on conclut, que le droit de faire la guerre n'appartient qu'au Souverain. Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* III. *Chap.* I. §. 4. J'ai observé ci-dessus, que les Auteurs attribuent à la Souveraineté des droits comme essentiels, qui ne le sont pas véritablement. L'idée de Souveraineté n'emporte pas par elle-même une privation du droit qu'ont les particuliers naturellement d'user de violence contre ceux qui leur font tort: si l'état civil ne le permet point de Citoyens à Citoyens, ce n'est pas parce que le Souverain a seul droit de fai-

est permise, si votre droit est certain, & que l'autre ne veuille pas vous donner satisfaction pour une injure irréparable manifeste, & que vous ne puissiez l'obtenir autrement, ou si on la fait pour amener un autre à une transaction dans une affaire douteuse (§. MCLVIII.); *& la guerre défensive est permise, lorsque vous la faites pour vous défendre contre celui qui vous fait une guerre injuste* (§. MLXXXIX.). (*k*)

§. MCLXXI. Ainsi *la seule utilité n'est pas une juste cause de guerre* (§. MCLXX.). On appelle *raisons de convenance* (*), celles qui sont tirées de l'utilité, ou par les quelles on prouve qu'il est de notre intérêt de faire la guerre, par opposition aux *raisons justifiantes*, qui sont tirées du droit que nous avons de faire la guerre dans un cas donné; & l'on appelle *raisons quasi-justifiantes*, celles qui, si on les examine bien, ne sont point justifiantes, mais qui n'en ont que l'apparence. Donc *toute guerre entreprise pour de simples raisons de convenance, ou quasi-justifiantes, est injuste.* Puisqu'il répugne à la nature humaine de nuire à un autre pour son propre avantage (§. XLIV.), & que par conséquent les cruautés qu'entraine par elle-même la guerre, à cause du massacre de tant d'hommes innocents, & de tant de ravages, répugnent à l'humanité, *il est contraire à l'humanité de faire la guerre sans raisons, ni justifiantes, ni de convenance*, aussi s'appelle-t-elle une *guerre de bêtes feroces* *. Au reste *les raisons de convenance, tirées du but de la société civile, sont des causes raisonnables* (§. DCCCCLXXVI.). (*l*)

Des guerres faites pour la seule utilité.

* bellum ferinum.

§. MCLXXII.

re la guerre, c'est parce que la nature d'une association civile ne le souffre point. Or de là que les membres d'une Société civile n'ont pas le droit de se faire mutuellement la guerre, il ne s'ensuit pas qu'ils ne la puissent faire contre des Etrangers. Et quelle contradiction que des particuliers se servent de leurs forces, pour tirer raison des Etrangers qui les auront lésés? Plus d'une fois les Villes de la Hollande ont armé, & se sont servi de leurs forces, pour soutenir leur commerce & leur navigation contre les torts, qu'ils prétendoient avoir reçus des Villes Anséatiques & d'autres peuples. Voyez BYNCKERSHOEK *Quæst. L.* I. *C.* XXIII. *L.* II. *C.* XIII.

Il faut, ce me semble, distinguer ici deux cas: celui dans lequel la guerre, se feroit au nom de l'Etat; & celui auquel elle se feroit au nom d'un Membre ou d'une partie de l'Etat. Comme il n'appartient qu'au corps de la Nation, de connoitre & de juger des torts qui se font à la nation, & s'il convient de faire la guerre à ce sujet, c'est aussi uniquement au Corps de la nation, ou au Souverain qui le représente, de juger s'il convient de faire la guerre, & de prendre les armes. Il en est de même des torts faits aux particuliers, considérés comme des objets que le corps de la Nation veut venger. Dès que la guerre doit se faire au nom du corps d'Etat, il n'appartient qu'à la Nation, ou au Souverain qui la représente, de s'y resoudre & de la faire. Mais il n'en est pas de même d'une guerre qu'un particulier feroit en son propre nom, & pour tirer raison d'un tort qu'on lui auroit fait. Tout comme il n'est pas absurde qu'un particulier plaide contre un Etranger devant un Juge étranger, il n'y a aucune absurdité qu'un particulier use de violence contre un Etranger, dont il aura été lésé. Ainsi la question proposée par Mr. DE BYNCKERSHOEK *Quæst. Jur. Pub. L.* I. *C.* XXIII. savoir, si chacune des *Provinces-Unies* a droit de faire la guerre ou non, se resout aisément par les principes que je viens d'alléguer, d'autant que les Provinces n'ont pas renoncé à ce droit, comme le remarque l'illustre Président. L'idée qu'on s'est faite de la Souveraineté, & qui a fait regarder le droit de faire la guerre, comme un attribut qui lui est tellement inhérent, qu'il ne peut en être separé, & qu'aucun membre de la société civile ne peut en jouïr par lui-même, cette idée (dis-je) a fait adopter une opinion également erronée, & peu utile dans la pratique. N'arrive-t-il pas tous les jours, que des Navires Marchands ont à se défendre contre des hostilités. Les différentes Sociétés Hollandoises, qui ont des établissemens dans les Indes, ne font-elles pas tous les jours la guerre & la paix? Ils y sont authorisés, me dira-t-on, par les Etats. Je le veux: mais cela même ne prouve-t-il pas qu'il n'est pas contradictoire, que des particuliers aient le droit de faire la guerre contre des Etrangers, pour des affaires qui les concernent?

§. MCLXX. (*k*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* III. *Chap.* III. §. 26. *& suiv.*

(*) *Rationes suasoriæ*, Mr. BARBEIRAC rend cette expression par *motifs de guerre*, ce qui nous paroit présenter une idée trop générale. R. d. T.

§. MCLXXI. (*l*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* III. *Chap.* III. §. 33.

§. MCLXXII.

De la crainte d'une puissance voisine, & de la conservation de l'équilibre.

§. MCLXXII. Puisque toute nation a le droit d'augmenter sa puissance (§. MCII.), & que de ce que quelqu'un peut causer du dommage, il ne s'ensuit pas qu'il le veuille, *l'accroissement de la puissance d'une nation voisine, & la crainte d'une puissance voisine ne sont pas de justes causes de guerre* (§. MCLXX. MCLXXI.). C'est pourquoi puisqu'on appelle *équilibre entre les nations*, l'état de plusieurs nations rélativement entr'elles, par rapport à leur puissance, lorsque la puissance réunie de quelques nations est égale à celle d'une seule nation plus puissante qu'aucune d'elles, ou à la puissance réunie de quelques autres, *la seule conservation de l'équilibre entre les nations, n'est pas une juste cause de guerre, il la faut mettre cependant au nombre des raisons de convenance, s'il s'agit d'entreprendre une guerre juste* (§. MCLXXI.). *Si* donc *une nation, se confiant en sa puissance, a évidemment formé le projet de subjuguer les autres nations, ou qu'elle ne craigne pas de troubler la sûreté publique des nations, par des entreprises injustes*, puisque chaque nation doit se conserver (§. MXCIII.), & que toutes les nations conjointement ont le droit de contraindre un perturbateur du repos public à ne pas le troubler (§. MXC.), *il est permis de pourvoir à la sûreté publique, & d'affoiblir cette puissance croissante.* Alors en effet la guerre qui à cet égard est défensive, est une guerre juste (§. MCLXIX.). (*m*)

De la méchanceté, de l'athéisme & de l'idolatrie d'une nation.

§. MCLXXIII. Puisque le mal n'est pas tel en lui-même qu'il doive être puni (§. MXLIX.), & qu'on ne peut punir personne pour ses erreurs (§. ML.), *la guerre punitive contre une nation n'est pas permise, parce que cette nation viole ouvertement le droit naturel, ou qu'elle péche contre Dieu, ou qu'elle fait profession d'Athéisme ou de Déisme, ou qu'elle est idolatre.* (*n*)

Des soldats & du droit d'en lever.

§. MCLXXIV. On appelle *soldats*, des personnes par le moyen desquelles l'auteur de la guerre fait violence à la nation, contre laquelle il fait la guerre. Et l'on appelle *armes*, tout ce qui sert à faire violence à un autre, ou à la détourner de soi. Puisque *les Puissances souveraines ont le droit* de guerre (§. MLXVI.), elles ont aussi celui *de lever, ou d'enrôler des soldats, & ce droit est du nombre des droits de majesté* (ibid.); *il doit s'exercer comme le Souverain le trouve bon, s'il n'y a point de loi fondamentale* (§. DCCCCLXXXIV.), *mais de façon cependant, que le bien public n'en souffre aucun dommage* (§. DCCCCLXXVI.). Puisque chaque particulier est obligé de contribuer autant qu'il le peut à défendre la société civile (§. DCCCCLXXII. DCCCCLXXV.), *dans un cas d'extrême nécessité tous les sujets, propres à la guerre, sont obligés de faire les services militaires*, c'est-à-dire, *de soldats* (§. LX.), & en vertu du pouvoir éminent, *ils y peuvent être contraints malgré eux* (§. MLXV.); mais comme outre les services militaires, il y en a d'autres à rendre, pour avancer le bien commun (§, DCCCCLXXII.), & que les sujets sont obligés de fournir les frais de la guerre (§. MXXXVII.), *il ne faut pas, hors des cas de nécessité, lever par force des soldats, qui peuvent d'ailleurs rendre des services utiles & nécessaires à l'Etat, & contribuer aux frais de la guerre.* On appelle *soldats mercenaires*, des étrangers qui s'enrôlent volontairement; leur obligation vient d'une convention (§. CCCCXXXVIII.),

§. MCLXXII. (*m*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* III. *Chap.* III. §. 42. *& suiv.*

§. MCLXXIII. (*n*) En général l'on doit faire attention, que l'on n'a aucun droit sur les actions d'autrui, qu'il fasse bien ou mal; si ces actions ne blessent pas les droits parfaits que nous avons. Que les Sauvages adorent des images, le Soleil, ou la Lune; que chaque homme ait sa femme, ou que les hommes aient les femmes en commun; qu'ils aient des concubines, ou qu'ils n'en aient point; qu'ils aient des habitations, des villes, ou qu'ils menent une vie errante; tout cela ne peut nous donner un titre pour leur faire la guerre, parce que nos droits n'en sont pas lésés. Si l'Etre

(§. CCCCXXXVIII.), qu'on appelle *capitulation; & il faut obſerver ce dont on y eſt convenu* (ibid.). Puiſque le droit de lever des ſoldats eſt un droit de majeſté, qui ne peut être violé par une nation étrangère (§. MCXXXVI.), *il n'eſt pas permis de lever des ſoldats ſur le territoire d'autrui, ſans le conſentement du maitre du territoire;* & puiſqu'on ne peut pas y avoir le pouvoir éminent (§. MLXV.), *il n'eſt pas permis d'y enrôler des ſoldats malgré eux, quoiqu'on ait obtenu la liberté d'en lever.* (*o*)

§. MCLXXV. On appelle *plagiat* l'enlévement d'un homme, qui eſt ſoumis à la puiſſance d'un autre. Puis donc que le plagiaire tire un homme de deſſous la puiſſance de celui à qui il eſt ſoumis, & qu'il s'arroge ſur lui quelque droit, *le plagiat reſſemble au larcin* (§. CCLXIII.), & *on le regarde avec raiſon comme un vol d'homme.* Il paroit donc, que *ceux qui forcent à ſervir dans la guerre les ſujets d'autrui, après les avoir enlevés ſcandaleuſement, commettent un plagiat, & violent le pouvoir éminent du Souverain, dont les perſonnes enlevées ſont ſujets,* que par conſéquent *ils lui font une injure* (§. LXXXVII.), & qu'*ainſi ils fourniſſent une juſte cauſe de guerre, ſi l'on ne donne pas ſatisfaction pour l'injure qu'ils ont faite* (§. MCLXX.). (*p*) *Du plagiat.*

§. MCLXXVI. On appelle *ſolde*, l'argent qu'on paye à quelqu'un pour qu'il ſerve dans la guerre. Puiſque ceux qui ſervent dans la guerre, ne peuvent rien acquérir d'une autre manière, *il faut payer exactement la ſolde aux ſoldats.* Par la même raiſon, *on leur doit non-ſeulement le vêtement, mais auſſi des logemens pour leurs perſonnes*, puiſqu'ils ont beſoin d'habitation, lorſqu'ils ne ſont pas en campagne pour faire la guerre. Ces logemens appartenant aux charges publiques (§. MLVII.), & par conſéquent aux charges de l'Etat (§. MXXXVII.), *chaque poſſeſſeur de maiſon eſt obligé, à proportion de ſes facultés, de loger la perſonne des ſoldats* (ibid.); cependant pour que les ſujets ne ſoient pas trop chargés, *le Souverain doit avoir ſoin, que ces logemens ne deviennent pas trop incommodes, qu'ils ne coutent pas plus qu'il n'eſt néceſſaire, & il n'en faut accorder l'exemption qu'à ceux, à qui elle peut être imputée pour une portion de ſalaire, ou pour récompenſe des ſervices qu'ils ont rendus à l'Etat;* puiſqu'il ne faut accorder des priviléges que pour le bien public (§. MXLVII.). (*q*) *De la ſolde des ſoldats, & des logements militaires.*

§. MCLXXVII. Comme *les ſoldats*, gens du commun, & ignorants, conçoivent peu „ pour l'ordinaire" l'obligation qui lie les ſoldats, ſoit citoyens, ſoit étrangers, ils *doivent promettre par ſerment*, qu'ils ne *déſerteront pas*, „ c'eſt-à-dire, „ qu'ils ne quitteront pas" *le ſervice dans lequel ils ſont entrés* (§. CCCLXXX. CCCCXLVI.), *& s'ils déſertent ils peuvent être punis ſévérement comme parjures & perfides.* Il paroit au reſte, que *celui qui emmène en ſécret, ou qui cache des déſerteurs commet un plagiat* (§. MCLXXV.), & que par conſéquent *celui qui concourt, de quelque façon que ce ſoit, à la déſertion participe au plagiat* (§. XXVI.). *De la déſertion.*

§. MCLXXVIII. On appelle *officiers* *, ceux à qui la puiſſance ſouveraine a donné un certain empire ſur les ſoldats, & qu'elle a chargé de certains emplois mili- *Des officiers.*

* præfecti militum.

l'Etre Suprême le ſouffre, quel droit aurions-nous de le venger?

§. MCLXXIV. (*o*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* III. *Chap.* II. §. I. *& ſuiv.* Je fais, par rapport au droit de lever des troupes & d'en tenir ſur pied, les mêmes obſervations que j'ai faites ſur le droit de faire la guerre.

§. MCLXXV. (*p*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* III. *Chap.* II. §. 14. BYNCKERSHOEK *Quæſt. Jur. Publ. L.* I. *C.* XXII.

§. MCLXXVI. (*q*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* III. *Chap.* II. §. II. *&* 12.

litaires. On appelle *Chefs*, par excellence, ou *Généraux*, ceux à qui on a donné l'empire sur toute une armée, ou à qui on a confié tout le soin de la guerre. Ainsi *les officiers sont des puissances inférieures, subordonnées les unes aux autres, dont les uns sont plus éloignés, les autres plus près de la puissance souveraine, suivant la différence des droits qu'ils ont; les généraux en étant les plus près.* On appelle *droit militaire*, les loix par lesquelles on regle ce que doivent faire & ne pas faire les soldats, & les officiers, & ce qui leur est permis; *on y regle* donc aussi *les droits des officiers & des généraux, & leurs devoirs.* (r)

Des secours & des subsides. §. MCLXXIX. On appelle *secours*, ou *troupes auxiliaires*, ,, c'est-à-dire, troupes de secours," ou simplement *auxiliaires* les troupes, soit d'infanterie soit de cavalerie, qu'envoye à une nation qui est en guerre, une autre nation qui n'est pas en guerre elle-même; & l'on appelle *subsides*, l'argent que paye une nation dans un cas pareil, pour fournir aux frais de la guerre. Naturellement *les nations sont obligées d'envoyer des secours & des subsides, à une nation qui fait une guerre juste, & de l'aider en toute manière dans la guerre, autant qu'il est possible* (§. MCVIII.); *mais pour acquérir un droit parfait à ces secours & à ces subsides* (§. MLXXXIX.), *il faut faire des alliances* (§. MCXLI.), *puisqu'elles doivent être regardées comme sacrées entre les nations* (§. MCLIII.). Il paroit au reste, que *le droit d'une des parties contractantes, & les obligations de l'autre, doivent se mesurer sur ce dont on est convenu dans l'alliance* (§. CCCXVII.). (s)

Des différentes espèces d'alliance de guerre, & du cas d'alliance. §. MCLXXX. On appelle *alliance offensive*, celle dans laquelle on promet des secours & des subsides pour une guerre offensive seulement; *alliance défensive*, celle dans laquelle on les promet seulement pour une guerre défensive; & *offensive & défensive*, celle dans laquelle on les promet pour l'une & pour l'autre guerre. On appelle *le cas de l'alliance* le concours des circonstances, dans la supposition desquelles on a fait l'alliance, soit qu'on les ait marquées expressément, soit qu'on les ait sous-entendues tacitement. *Lors* donc *que toutes ces circonstan-*

§. MCLXXVIII. (r) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* III. *Chap.* III. §. 18. & 19. Comme les affaires militaires sont d'une nature toute particulière, & qu'il faut être de la profession pour pouvoir juger, jusqu'à quel degré un Militaire a manqué dans le service ou fait son devoir, rien de plus sensé que l'institution des Tribunaux militaires, pour juger les affaires qui ont trait au service, ou à l'état militaire: mais rien ne paroit plus étrange qu'un tribunal d'officiers, jugeant des causes qui exigent des lumières & des connoissances, bien différentes de celles qu'on peut leur supposer. *Certi juris est, quod concessa est etiam militaribus hominibus judicandi potestas. Quid enim obstaculi est, homines, qui alicujus rei peritiam habent, de* EA RE *judicare. l* 17. *C. de jud.* Il faudroit, ce me semble, en demeurer là.

§. MCLXXIX. (s) Naturellement (dit notre Auteur) une Nation est obligée de donner du secours à celle qui est en guerre, & qui a le droit de son côté. Les principes sur lesquels il fonde cette proposition sont indubitables; & la conséquence en est déduite légitimement: on pourroit encore la prouver par d'autres motifs. Cependant l'illustre Mr. DE BYNCKERSHOEK est non-seulement d'un sentiment différent à cet égard; mais il condamne même ceux, qui satisfont au devoir naturel que notre Philosophe enseigne ici; & il veut que nous ne donnions du secours, que lorsque le danger, qui menace un autre, pourroit nous accabler ensuite: voici la raison qu'il en donne; *Improbe* (dit-il) *rebus enim alienis se immiscere nequaquam probum est. Quæst. Jur. Publ. L.* I. *C.* IX. *p.* 71. mais qui ne voit que c'est là un jeu de mots, & que c'est étendre la maxime, *qu'il ne faut pas se mêler des affaires d'autrui*, fort au-delà de ce qu'elle exprime. Comment? Je suis en voyage, je passe un bois, je vois un homme faire violence à une fille, & il ne me sera pas permis de la sécourir, sous prétexte qu'il n'est pas permis de se mêler des affaires d'autrui. Je vois un Usurpateur s'emparer des domaines de ceux qui sont hors d'état de lui résister, & il ne me sera pas permis de protéger le foible contre ses violences? Il faudra souffrir les Oppresseurs publics, parce qu'au lieu de se trouver à la tête d'une troupe de Pirates, ils

ſtances exiſtent, le cas de l'alliance exiſte; & il eſt aiſé de voir, que *ce n'eſt que lorsque ce cas exiſte, qu'on doit faire, ou donner ce qui a été promis dans l'alliance* (§. CCCXVIII.). C'eſt pourquoi *ſi l'on fait une guerre manifeſtement injuſte, ou ſi celui qui doit fournir les ſecours ou ſubſides, dont on eſt convenu, en a beſoin lui-même, le cas de l'alliance n'exiſte pas;* puisque l'un & l'autre de ces cas ſont cenſés exceptés tacitement dans toute alliance. (*t*)

MCLXXXI. On appelle *neutres* dans une guerre, ceux qui ne ſont attachés, ni à l'une ni à l'autre des parties belligérantes, ,, ou qui ſont en guerre," & qui par conſéquent ne ſe mêlent point de la guerre. Leurs *terres* ſont auſſi appellées *neutres.* Quoiqu'en vertu de la liberté naturelle (§. MLXXXIX.), *il faille permettre à toute nation de reſter neutre dans une guerre, ou de garder la neutralité* (§. LXXVIII.), cependant pour acquérir un droit parfait à la neutralité, *il faut faire des alliances avec une des parties belligérantes, ou avec toutes les deux,* ſelon les circonſtances (§. MCXLI. MCLIII); ces alliances s'appellent *traités de neutralité: on doit* de plus, (ſans quoi l'on ne peut concevoir cette ſorte de traité) *y promettre que celui, qui veut être neutre, n'aidera point la partie adverſe dans la guerre, & qu'il n'empêchera point les mouvements de celui avec qui il traite; on peut* auſſi *y convenir des autres choſes que les deux parties jugeront leur être utiles.* Au reſte comme le traité de neutralité ne doit pas s'étendre au-delà de ſes bornes, & des choſes dont on eſt convenu ſpécialement, *ceux qui ſont neutres doivent aux deux parties belligerantes, ce que ſe doivent les nations qui ne ſont pas en guerre,* comme, par exemple, *accorder aux ſoldats & aux ſujets des deux parties belligérantes, l'accès dans leur territoire, un paſſage ſûr par leurs terres, & la liberté d'y ſéjourner pour des affaires légitimes, & permettre qu'ils s'y procurent à un prix raiſonnable les choſes dont ils ont beſoin* (§. MCXXXI.), à moins qu'on ne ſoit convenu d'une façon expreſſe, qu'on n'accorderoit ni à l'une ni à l'autre des parties belligérantes, ce qui ſeroit permis d'ailleurs (§. DCLXVII.). (*u*)

De ceux qui ſont neutres dans une guerre.

§. MCLXXXII.

ils ſont honorés du titre de Souverains ?

§. MCLXXX. (*t*) Mr. DE BYNCKERSHOEK fait pluſieurs réflexions ſur le devoir de donner des ſecours promis, & ſur les cas qui demandent que l'on rempliſſe l'engagement, & qu'on nomme communement les *caſus fœderis.* Les Puiſſances ſtipulent ſouvent dans les alliances défenſives, que le cas aura lieu, lorsque l'une des parties contractantes ſera *attaquée.* L'illuſtre Préſident voudroit qu'on y ſubſtituât, *ſera* INJUSTEMENT *attaquée:* mais ce ſavant Auteur n'a point fait attention, que le mot *injuſtement* ou *injuſto bello,* ſi l'on s'en ſervoit dans les Traités, leur ôteroit la ſûreté qu'on s'y propoſe en les faiſant. Les diſcuſſions ſur la queſtion, ſi la guerre eſt juſte ou injuſte de la part de celui qui demanderoit des ſecours, ne finiroient point; & ce ſeroit en effet rendre nos Alliés Juges & Arbitres des différens que l'on pourroit avoir avec d'autres Puiſſances. Il nous paroit du moins, que les Puiſſances ne peuvent guères prendre un indice plus déciſif que celui de l'attaque, parce que celui qui ſe défend a viſiblement en ſa faveur la néceſſité, dans laquelle on l'a mis de repouſſer les hoſtilités: deſorte que l'on doit préſumer qu'il a le droit de ſon côté; & à moins qu'il ne ſoit manifeſte, qu'il ait donné un ſujet légitime de guerre à celui qui l'a attaqué, on n'a aucun droit de lui refuſer les ſecours promis, parce que l'on n'en a point de s'ériger en Juge & en Arbitre ſur ſes différens; ainſi que Mr. DE BYNCKERSHOEK le remarque lui-même. Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* III. *Chap.* VI. §. 81-92. & notre Auteur dans ſon grand Ouvrage §. 655. *& ſuiv.*

§. MCLXXXI. (*u*) Il arrive ſouvent qu'une Puiſſance en guerre craint qu'une autre ne prenne le parti de ſon Ennemi: afin de s'aſſurer contre cet évenement, elle exige de celle qu'elle ſuſpecte un engagement de garder la neutralité: cela ſe fait, dit notre Auteur, pour acquérir un droit ſur celui qui ſe lie par là. On pourroit demander s'il eſt permis de s'engager à une neutralité? Les événemens du monde ne dépendent pas de la diſpoſition des hommes, ni de leur prévoyance; ainſi il y a du moins beaucoup d'imprudence à faire un Traité de neutralité, vu que l'on ignore les circonſtances dans lesquelles on pourra ſe trou-

Du passage des armées. §. MCLXXXII. Comme le passage par les terres d'autrui pour des raisons légitimes, est un des droits qui sont restés de la communauté primitive (§. CCCXII.), *une nation doit accorder aux troupes d'une autre nation un passage assuré par ses terres, lorsqu'il ne lui est point nuisible à elle-même.* Comme cependant c'est a celui qui le permet, à juger s'il est nuisible ou non (§. MLXXXIX. LXXVIII.), *il faut demander le passage*, & comme il ne peut être regardé comme non-nuisible, *s'il est à craindre, que celui qui le demande ne porte la guerre contre celui qui l'accorderoit, ou qu'il ne fasse du pays, qui est en paix, le théatre de la guerre, ou qu'il ne lui nuise de quelque autre manière, on peut refuser le passage.* Par la même raison, *les choses dont a besoin celui qui passe*, & qu'il est évident qu'on ne peut lui refuser, *doivent être payées à un prix raisonnable, quoique le passage même, comme dû naturellement, doive être accordé gratuitement.* Et comme il faut réparer les dommages qu'on a causés (§. CCLXX.), *si les passants ont causé du dommage aux habitans, celui à qui on a accordé le passage doit le réparer, & le Prince doit avoir soin qu'on dédommage ceux de ses sujets qui ont souffert.* C'est pourquoi *si celui à qui on demande le passage, craint qu'il ne soit nuisible, ou qu'on n'ait de la peine à obtenir le dédommagement, si l'on cause quelque dommage, il n'est pas obligé à accorder le passage, à moins qu'on ne lui donne des sûretés suffisantes.* (*x*)

De la déclaration de guerre. §. MCLXXXIII. La *déclaration de guerre* est un acte, par lequel une des parties adverses déclare à l'autre, qu'elle veut poursuivre son droit par la force des armes. La *déclaration* est, ou *conditionnelle*, déclarant qu'on fera la guerre si on ne rend la chose qui est dûe, ou si l'on ne donne satisfaction pour l'injure qui a été faite; ou elle est *pure & simple*, déclarant sans condition qu'on fera la guerre. Naturellement *il n'est pas besoin que la déclaration conditionnelle soit suivie de la déclaration pure & simple*, puisqu'il est évident que, lorsque l'autre partie nous refuse notre droit, il ne nous reste plus d'autre moyen de l'obtenir que la guerre. Il est assez évident aussi, qu'*il est besoin de déclaration dans la guerre offensive, mais non dans la guerre défensive* (§. MCLXIX.). *Si* cependant *celui, à qui on veut déclarer la guerre, ne veut point admettre nos députés, & s'il n'y a point de moyen de lui envoyer une lettre, il faut bien omettre aussi la déclaration dans la guerre offensive* (§. LX.); mais *le talion*, comme illicite en soi (§. CLVI.), *n'est pas une raison légitime d'omettre la déclaration.* Enfin puisque la partie, qui déclare la guerre, n'est pas obligée d'accorder à la partie adverse un délai, qui lui seroit nuisible à elle-même (§. CCLXIX.); *à moins que lorsqu'on déclare la guerre, celui à qui on la déclare, n'offre sur le champ des conditions de paix raisonnables, on peut commencer sans délai les opérations de guerre.* (*y*)

§. MCLXXXIV.

trouver; & que ces circonstances pourront faire naitre des droits & des devoirs, sur lesquels la prudence ne permet pas que l'on se décide d'avance. Aussi ne voit-on guères, que la demande s'en fasse à des Puissances en état de répondre, qu'elles se regleront sur les événemens. L'Empereur & l'Imperatrice-Reine ont déclaré par une lettre, écrite par leur Chancelier au Comte *de Pac*, que Leurs Maj. Imp. & Royale avoient adopté la neutralité au sujet des dissensions de la *Pologne*, sur lesquelles Elles ne jugent pas encore devoir changer de résolution; mais la *Russie*, qui a pris formellement le parti du Roi contre les Confédérés, n'a pas exigé un acte de neutralité, ou une déclaration telle qu'elle l'a exigé de la petite République de *Raguse*. Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* III. *Chap* VII.

§. MCLXXXII. (*x*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* III. *Chap.* VII. §. 119.

§. MCLXXXIII. (*y*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* III. *Chap.* IV. BYNCKERSHOEK *Quæst. Jur. Publ. L.* I. *C.* II.

§. MCLXXXIV. (*z*) Les effets d'amis trouvés sur les terres d'ennemis, ne deviennent pas (dit no:

§. MCLXXXIV. Comme la guerre publique se fait entre les nations (§. MCLXIX.), *si le Prince d'une nation déclare la guerre au Prince d'une autre, il est censé que toute une nation déclare une guerre publique à toute une autre nation.* C'est pourquoi puisqu'on appelle *ennemis*, ceux entre qui se fait la guerre, & que leurs choses s'appellent *choses de l'ennemi*, *les sujets des deux parties belligérantes*, & par conséquent aussi, *les femmes & les enfans sont au nombre des ennemis*, *& leurs choses en quelque lieu qu'elles soient sont les choses de l'ennemi.* Comme cependant les étrangers qui séjournent dans un territoire ennemi, ne sont pas ennemis, puisqu'ils ne sont pas sujets de l'ennemi (§. MCXXXVII.), *les choses des étrangers, trouvées dans le territoire ennemi, ne sont pas choses de l'ennemi;* mais comme il faut prouver qu'elles sont à des étrangers, *elles sont présumées choses de l'ennemi, jusqu'à ce qu'on ait prouvé le contraire.* Et comme les choses incorporelles sont aussi des choses de l'ennemi, *ce que doit à l'ennemi quelqu'un qui n'est pas ennemi, est au nombre des choses de l'ennemi.* (z) *Qui sont les ennemis, & quelles sont les choses de l'ennemi.*

§. MCLXXXV. *Celui qui s'associe à mon ennemi, en lui envoyant des secours ou des subsides, ou en l'aidant dans la guerre de quelque maniere que ce soit,* concourant à la guerre, & par là en devenant participant (§. XXVI.), *est mon ennemi, & ses choses sont des choses d'ennemi;* par conséquent *quand on déclare la guerre, on est censé la déclarer en même tems à tous ceux qui s'associeront à l'ennemi;* c'est pourquoi *si on peut leur faire la guerre, il n'est pas besoin de déclaration.* (a) *De ceux qui s'associent à l'ennemi.*

§. MCLXXXVI. La *publication de la guerre*, est l'avertissement qu'en donne celui qui l'entreprend aux autres puissances souveraines & à ses sujets; par conséquent *il faut une publication soit dans la guerre défensive, soit dans la guerre offensive;* la publication pouvant se faire de plusieurs manières, il dépend uniquement de la volonté de celui qui la publie, de le faire comme il lui plait. *On peut la publier chez les Princes des autres nations, ou par les ministres* qu'on a dans leurs Cours, *ou par une lettre; & chez les Sujets, ou par des hérauts, ou par des rescrits, ou chez les uns & les autres par des écrits imprimés.* *De la publication de la guerre.*

§. MCLXXXVII. Un écrit imprimé, par lequel on publie une guerre offensive, s'appelle un *manifeste*, celui par lequel on publie une guerre défensive, s'appelle un *anti-manifeste.* C'est pourquoi puisque personne ne voudroit passer pour faire la guerre sans une juste cause, *il faut dans le manifeste exposer les raisons justifiantes, & les réfuter dans l'anti-manifeste* (§. MCLXXI.). Et comme le Souverain peut commander aux Sujets *ce qu'ils doivent faire ou ne pas faire pendant la guerre* (§. MXLIII.), *il faut l'insérer soit dans le manifeste, soit dans l'anti-manifeste.* Comme l'exposition des raisons justifiantes ne demande que l'exposition des faits, & *Du manifeste & de l'anti-manifeste.*

notre Auteur) par là effets des ennemis. Cette maxime est assez généralement observée par les Puissances, ou du moins elle devroit l'être. Cependant elle n'admet pas une application générale, & donne lieu à bien des discussions, lorsque l'on en fait l'application à la saisie des Vaisseaux. On en trouve de très intéressantes dans un Ouvrage en deux volumes *in*-12°. intitulé *de la Saisie des Vaisseaux;* & dans les *Quæst. Jur. Publ.* de Mr. DE BYNCKERSHOEK, *L.* I. *C.* III. Voyez encore sur le sujet de ce paragraphe le même Ouvrage de Mr. DE BYNCKERSHOEK, *L.* I. *C.* VII. & VATTEL l. c. *Liv.* III. *Chap.* V.

§. MCLXXXV. (*a*) La conséquence que notre Auteur tire ici de ses principes, paroit s'étendre un peu au-delà de ce que ces principes nous permettent d'en déduire. Mr. VATTEL fait distinction entre une alliance intime & complette, & une autre, dans laquelle on se promet seulement un secours déterminé; & il a raison. Voyez son *Droit des Gens*, *Liv.* III. *Chap.* VI. §. 80.

& l'application du droit de la nature & des gens à ces faits, & que leur réfutation demande ſeulement qu'on démontre la fauſſeté des faits, ou qu'on faſſe voir qu'on y applique mal les principes de droit, *il faut s'y abſtenir de mots & d'expreſſions qui ſentent la haine & la vengeance.* (*b*)

De l'amour des ennemis. §. MCLXXXVIII. Puiſqu'une nation doit avoir de l'amour & de la dilection même pour une nation ennemie, comme pour ſoi-même (§. MCIX.), & qu'elle ne peut être libérée de cette obligation (§. XLII.), *un ennemi en guerre doit avoir de l'amour & de la dilection pour ſon ennemi, comme pour ſoi-même.* On diſtingue, comme l'on voit, un ennemi ordinaire ou particulier, d'avec un ennemi en guerre ou public (§. CXXXVII. MCLXXXIV.). (*) (*c*)

§. MCLXXXVI. & MCLXXXVII. (*b*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* III. *Chap.* IV. §. 64. & 65.

(*) Les Latins ont deux mots pour cela *inimicus* & *hoſtis*, qui ſe rendent tous deux par *ennemi* en françois. R. d. T.

§. MCLXXXVIII. (*c*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* II. *Chap.* I. *Liv.* III. *Chap.* VIII. §. 158.



CHA-

CHAPITRE VIII.

Du Droit des Gens dans la Guerre. (†)

§. MCLXXXIX. *Celui qui fait une guerre injuste*, n'a aucune juste cause de guerre (§. MCLXX.). *Tout ce qu'il fait dans la guerre est* donc *illicite;* par conséquent *s'il tue les ennemis, il est dans le cas d'un brigand; s'il enlève les choses de l'ennemi, il est dans le cas d'un envahisseur & d'un ravisseur.* Et comme *celui qui s'associe à celui qui fait une guerre injuste*, ne peut avoir aucun droit dans la guerre, puisqu'il agit au nom de celui à qui il s'associe, *tout ce qu'il fait doit être mis pareillement au nombre des rapines, des invasions, & des brigandages, ou au nombre des actes qui les favorisent.* *Du manque de droit dans la guerre.*

§. MCXC. On fait une guerre juste pour obtenir son droit (§. MCLXX.). C'est pourquoi *tout ce sans quoi on ne peut obtenir son droit, est permis dans une guerre juste*. Mais *tout ce qui ne sert pas à parvenir à ce but est illicite.* Au reste en vertu de la liberté naturelle, *il faut laisser à celui qui fait la guerre à juger de ce qui est nécessaire pour parvenir à ce but* (§. MLXXXIX. LXXVIII.). Puisque la partie adverse est cause par son injustice des grands frais qu'exige la guerre (§. MCLXXXIX.), & que par conséquent elle doit réparer le dommage causé (§. CCLXIX. CCLXX.), *on doit les frais de la guerre à celui qui fait une guerre juste.* Et puisque par une force injuste, on cause continuellement de nouveaux dommages, & qu'on fait de nouvelles injures (§. CCLXIX. LXXXVII.), *celui qui fait une guerre injuste, est obligé de restituer à celui qui fait une guerre juste, les choses qu'il lui a enlevées si elles existent, ou à lui payer la valeur de celles qui n'existent plus, & de souffrir la punition pour les injures qu'il a faites* (§. MCLXXXIX.). Enfin comme la guerre qui est très funeste aux nations, par le grand nombre de maux qu'elle entraine, ne se fait que pour avoir la paix, & que celui qui fait une guerre juste ne se propose, que d'amener son ennemi à offrir des conditions de paix raisonnables, comme on le peut conclure aisément de ce que nous avons dit jusqu'ici, *celui qui fait une guerre juste, a droit aussi aux choses qui peuvent porter l'ennemi à finir la guerre.* (*d*) *Du droit dans une guerre juste.*

§. MCXCI. Tout ce que fait l'ennemi à cause de la guerre, de quelque façon que ce soit, s'appelle un *acte de guerre*, & l'on appelle *opération de guerre* un acte de guerre, par lequel on exerce actuellement quelque violence contre l'ennemi ou contre ses choses, ou par lequel on se prépare à exercer ou à repousser quelque violence. Les opérations de guerre, par lesquelles on exerce actuellement quelque violence contre l'ennemi ou contre ses choses, s'appellent des *hostilités*. *Des actes & des opérations de guerre, & des hostilités.*

§. MCXCII. Celui qui fait une guerre injuste, faisant une injure à celui qui fait une guerre juste (§. MCLXXXIX.), & celui-ci ayant, par conséquent, le droit de se *Du droit contre les personnes.*

(†) CHAP. VIII. Le sujet de ce Chapitre est une suite du précedent: l'Auteur continue d'y indiquer les principes & les regles, suivant lesquels il faut se conduire dans la guerre pour poursuivre son droit, sans manquer aux devoirs auxquels on est tenu soit envers son ennemi, soit envers d'autres.

§. MCXC. (*d*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* III. *Chap.* VIII. §. 136. *& suiv.*

se défendre (§. MLXXXIX.), *le droit contre les personnes dans une guerre juste, nait du droit de la défense de soi-même & de ses choses ;* par conséquent *il faut le mesurer par ce qui est nécessaire pour repousser la violence de l'ennemi* (§. XC.). C'est pourquoi *tant que les sujets de celui qui fait une guerre injuste, s'abstiennent de toute violence, ou qu'ils ne montrent point le dessein d'en faire, il n'est pas permis de les tuer, ni de les tourmenter de quelqu'autre manière; il n'est pas permis non plus de tuer les prisonniers qu'on a fait dans la guerre, ni ceux qui se sont rendus sans condition ou à discrétion, à moins qu'ils ne se soient rendus coupables auparavant de quelque délict, qui mérite la mort; beaucoup moins* donc *est-il permis de tuer ceux, qui dans un combat ou dans un siége ont obtenu, par une convention, qu'ils auroient la vie sauve, & il ne faut pas rejetter cette condition.* La même chose *doit s'entendre de ceux qui mettent bas les armes dans une bataille.* De plus puisqu'il n'est pas permis de tuer, quoique cela paroisse un moyen propre pour la réparation de notre droit, comme cela paroit par ce que nous avons dit, *il n'est pas permis, pour inspirer la terreur, de tuer les prisonniers qui se sont rendus, ou ceux qui souhaitent de se rendre.* Il paroit même par la maniere, dont nait le droit contre la personne des ennemis, qu'*on ne peut pas tuer les ennemis, parce qu'ils ont resisté vaillamment, beaucoup moins, par la même raison, est-il permis de tuer ceux qui n'ont pas résisté.* Si par une résistance opiniâtre on a causé du dommage, & fait une injure irréparable, *on a droit à d'autres choses pour avoir satisfaction,* par exemple, *à obliger les ennemis à se rendre à discrétion, ou à des conditions plus dures, à payer une certaine somme, ou à abandonner leurs villes & leurs maisons au pillage.* (*e*)

Du droit d'affoiblir celui qui fait une guerre injuste.

§. MCXCIII. Comme on se propose dans la guerre d'obliger l'ennemi de s'en désister (§. MCXC.), *tout ce qui sert à diminuer les forces de celui qui fait une guerre injuste, est permis à celui qui a un juste sujet de guerre;* par conséquent *il est permis de prendre les ennemis, quels qu'ils soient, soit entant qu'ils resistent à la réparation de notre droit, soit par voye d'androlepsie* (§. MCLXIV.); c'est pourquoi *il est permis de prendre, non-seulement les soldats, & leurs officiers, mais aussi les femmes & les filles d'un rang distingué, les hommes élevés en dignités, & employés dans l'administration de l'Etat, & toutes autres personnes quelconques* (ibid.).

Si les prisonniers deviennent esclaves.

§. MCXCIV. Comme l'on prend les ennemis, soit afin qu'ils ne s'opposent pas à la

§. MCXCII. (*e*) Puisque le droit que la guerre nous donne sur nos ennemis, prend son origine dans la nécessité de nous défendre, & de nous assurer contre la violence & les mauvais procédés de ceux qui cherchent à nous nuire, la conséquence que l'Auteur en tire est très fondée; savoir, que ce droit ne va pas au-delà de ce que notre sûreté, & notre propre conservation demandent de nous. Ainsi à moins que notre conservation & notre sûreté n'exigent, que nous mettions nos ennemis à mort, nous n'avons aucun droit de le faire. Si Mr. DE BYNCKERSHOEK eut réfléchi à ces principes, assurément il n'eut pas affirmé que personne ne doute, que tout ne soit permis à un vainqueur contre un vaincu, & que par cela même il a sur lui le droit de vie & de mort. L'illustre Président observe plus d'une fois, en combattant les opinions de GROTIUS, que les faits ne font pas preuve de droit; & cependant ici il ne se sert que de faits, pour prouver le prétendu droit de vie & de mort: encore ne sont-ce que des faits particuliers, pris de l'Histoire de la Révolution des *Provinces-Unies;* & ces faits n'ont rapport qu'à des cas particuliers, qui autorisoient cette rigueur contre l'ennemi, par les principes mêmes que l'Auteur enseigne dans ce paragraphe, & qu'il dévelope pleinement dans son grand Ouvrage. Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* III. *Chap.* VIII. §. 139. GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix, Liv.* III. *Chap* X. *& suiv.*

§. MCXCIV. (*f*) Les mêmes principes qui nous défendent de tuer un ennemi, si nous n'y sommes pas contraints par la nécessité de notre conservation, ces mêmes principes nous défendent de le reduire en esclavage. L'usage de reduire en esclavage les peuples conquis & les prison-

la réparation de notre droit, soit afin que la partie adverse soit portée à finir la guerre, & à nous rendre notre droit (§. MCXCII. MCXCIII.), & qu'il suffit pour cela, qu'ils soient detenus prisonniers jusqu'à ce qu'ils soient délivrés par les leurs, *les prisonniers ne deviennent pas naturellement esclaves* (§. DCCCCXLVII.); cependant *ils peuvent être reduits dans l'esclavage par punition pour leur délict*, c'est-à-dire, qu'on peut leur ôter la liberté (§. MXLVIII.). Mais *s'il y a entre les nations belligérantes des conventions pour le rachat des prisonniers*, „ ce qu'on appelle un „ *cartel*," puisqu'il faut s'en tenir aux conventions (§. CCCCXXXVIII.), *il faut les rendre pour le prix dont on est convenu.* (*f*)

§. MCXCV. On appelle *dégat*, l'acte par lequel en détruisant les choses de l'ennemi, on lui cause du dommage, sans en retirer aucun profit. *Il n'est permis qu'autant qu'on ne peut sans cela obtenir son droit, ou qu'on affoiblit l'ennemi, ou qu'on augmente ses propres forces, ou qu'on le fait pour juste punition* (§. MCLXX. MCXCIII.). *Il est* donc *permis de ruiner les terres de l'ennemi, de fouler aux pieds les fruits & les moissons, de démolir les édifices, d'arracher les vignes & les jardins, si cela est nécessaire pour les campements, pour les siéges & pour les batailles; mais il n'est pas permis de détruire les villes, les bourgs, les villages, ni de les ravager lorsque nous les avons en notre pouvoir, à moins que ce ne soit pour un délict qui mérite une telle punition.* Il paroit de même, que *la démolition des fortifications des villes qu'on a prises, est permise, lorsqu'on trouve à propos de les abandonner, mais* que *le dégat des sépulcres, des tombeaux & des choses sacrées est illicite.* Comme nous n'avons aucun droit sur une autre nation, à cause de la différence de religion, quelque idolatre qu'elle puisse être (§. MCLXXIII.), *il n'est pas permis de faire le dégat des choses sacrées, parce qu'on croit qu'elles servent à la superstition, ou à l'idolatrie.* (*g*) *Du dégât.*

§. MCXCVI. Comme personne ne peut s'arroger un droit sur le territoire d'autrui (§. MCXXI.), *il n'est pas permis de prendre les ennemis, ni les choses des ennemis dans un territoire qui est en paix, ni d'y transporter les prisonniers, ou les choses qu'on a prises.* Cela est d'ailleurs contraire au traité de neutralité, s'il y en a quelqu'un (§. MCLXXXI.). (*h*) *De ce qui n'est pas permis dans un territoire qui est en paix.*

§. MCXCVII. Puisque nous avons permis une entrée libre dans notre territoire aux étrangers qui y séjournent, & qu'ainsi il faut aussi leur accorder la sortie *De ceux qui sont venus dans le territoire ennemi avant la guerre.*

sonniers de guerre, est presqu'entièrement aboli en Europe. Du moins n'est-ce que par voye de représailles, que les Puissances Européennes s'en servent contre les nations, qui le pratiquent envers leurs sujets. BYNCKERSHOEK en donne plusieurs exemples *L.* I. *C.* III. *Quæst. Jur. Publ.*

§. MCXCV. (*g*) Ordinairement les gens de guerre se croyent tout permis contre un ennemi: ce paragraphe peut servir à les détromper. Notre Auteur en développe le contenu dans son grand Ouvrage, §. 823. *& suiv.* Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* III. *Chap.* IX. §. 166. *& suiv.* PUFENDORF, GROTIUS & les autres Auteurs qui se sont étendus, sur ce qu'il est permis de faire ou de ne point faire contre un ennemi: on trouvera que, faute de principes assurés, ils en ont parlé d'une façon assez confuse; du moins peu propre à se décider avec assurance. Mr. VATTEL même, qui a suivi notre Auteur, déclame contre l'usage d'empoisonner les eaux, sans en donner aucune bonne raison.

§. MCXCVI. (*h*) Mr. DE BYNCKERSHOEK dans ses *Quæst. Jur. Publ. L.* I. *C.* VIII. discute une question, relative à ce qui est enseigné dans ce paragraphe; savoir, s'il est permis de poursuivre un navire ennemi dans les ports d'une nation neutre. Les actes d'hostilité commis en mer, & continués jusques sous le canon & dans le port d'une nation neutre, ont donné souvent sujet de plainte; & il y a apparence que les cas s'en renouvelleront: cependant jusqu'à présent, les nations n'ont adopté aucune regle sur ce sujet, & à dire vrai, si l'on examine bien l'état de la question, on trouvera que comme bien d'autres elle dépend de tant de circonstances, qu'il n'est pas possible de l'astreindre à une regle générale.

tie libre (§. MCXXXI.), *quand on déclare la guerre, il faut, dans la publication, ordonner aux étrangers qui sont citoyens de l'ennemi, de sortir dans un tems marqué, au bout duquel ils seront traites comme ennemis, &* par conséquent *pourront être retenus prisonniers* (§. MCXCII.); mais comme personne ne peut être obligé au-delà de ce qui est en son pouvoir (§. LX), *si quelqu'un retenu par une force majeure*, comme par une maladie, *ne peut pas sortir dans le tems prescrit, il faut lui accorder un délai.* (*i*)

Des choses meubles qui sont dans un territoire ennemi. §. MCXCVIII. Puisqu'il est permis de prendre *les choses de l'ennemi qui sont dans notre territoire, pour payement d'une dette, ou par voye de punition* (§. MCXC.), *il est permis de les confisquer, & de défendre aux débiteurs des ennemis, & qui sont nos sujets, de payer leurs créanciers pendant la guerre, & même nous pouvons commander qu'ils nous payent à l'échéance.* (*k*)

Des immeubles. §. MCXCIX. Comme un étranger qui possede des biens immeubles dans le territoire d'autrui, est sujet, entant que possesseur de ces biens, du maitre du territoire (§. MCXXV.), *les biens immeubles, possédés par un étranger dans un territoire ennemi, ne sont pas des choses d'ennemi, par rapport au maitre du territoire, mais elles le sont par rapport à celui dont il est citoyen*, ou dans le territoire duquel il a son domicile.

Des contributions militaires. §. MCC. Puisqu'on doit payer les frais à celui qui fait une guerre juste (§. MCXC.), & qu'on appelle *contributions militaires*, l'argent ou les autres choses susceptibles de remplacement, fournies pour l'entretien de l'armée par les sujets de l'ennemi, *celui qui fait une guerre juste, a droit d'ordonner & d'exiger des contributions militaires, à proportion des facultés de ceux qui les doivent fournir* (§. LX.). (*l*)

Du pillage. §. MCCI. Le *pillage* est l'enlevement que font les soldats par la force, des meubles qui sont dans les maisons des ennemis, ou dans d'autres lieux où ils sont gardés ou cachés. Puis donc que, *si l'on ne paye pas les contributions justes, le pillage* se fait pour l'explétion du droit (§. DCCXCIII.), il *est permis; comme aussi s'il se fait pour une punition méritée* (§. MCXC.). Cependant *dans le pillage des villes & des maisons, il ne faut pas faire le dégat des choses livrées au pillage, à moins que ce ne soit pour une juste punition* (§. MCXCV.).

Du butin. §. MCCII. On appelle *butin* les choses meubles des ennemis, prises par les soldats dans la guerre; par conséquent *il est permis de faire du butin sur les ennemis dans une guerre juste, dans toutes les occasions qui se présentent* (§. MCC.), & *ce qui s'enleve*

§. MCXCVII. (*i*) On trouve dans le *L.* I. *C.* III. des *Quæst. Jur. Publ.* de Mr. DE BYNCKERSHOEK plusieurs cas, relatifs à ce qui est enseigné dans ce paragraphe.

§. MCXCVIII, (*k*) La décision, énoncée dans ce paragraphe, est, ce me semble, trop générale. Supposons, que *Titius* ait confié à *Sempronius* quelque bien; que dans le tems que *Sempronius* a ce bien entre les mains, il s'éleve un différent entre *Sempronius* & *Titius*; *Sempronius* pourroit-il se prévaloir de l'occasion, pour se faire justice? A mon avis, ce seroit tirer de la confiance, que *Titius* a eue en *Sempronius*, un effet, contraire à la nature de l'acte, par lequel *Sempronius* se trouveroit en état d'en user ainsi. Ce seroit détruire tout motif de confiance, si nécessaire à la société humaine. S'il s'élevoit une guerre entre l'*Angleterre* & la *Hollande*, & que les *Anglois* refusassent de payer les intérêts des capitaux, que les *Hollandois* ont dans leurs fonds publics, on ne trouveroit assurément pas ce procedé fort équitable. On peut voir combien peu les sentimens se sont trouvés d'accord dans les différents cas dont Mr. DE BYNCKERSHOEK parle *L.* I. *C.* VII. de ses *Quæst. Jur. Publ.*

§. MCC. (*l*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* III. *Chap.* IX. §. 165.

§. MCCII. (*m*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* III. *Chap.* X. PUFENDORF *de Off. hom. & civ.* *L.* II. *C.* XVI. §. 5. *Droit de la Nature & des Gens*, *Liv.* VIII. *Chap.* VI. §. 6.

§. MCCIV. (*n*) La prise & reprise de vaisseaux en:

leve dans le pillage est une partie du butin (§. MCCI.). Cependant comme tout se fait dans la guerre en vertu du droit *de la puissance souveraine* (§. MCLXIX.), *le butin lui appartient, & ni les soldats, qui prennent eux-mêmes les choses des ennemis, ni leurs officiers, ni les troupes auxiliaires n'ont aucun droit sur le butin.* Cependant comme le Souverain peut disposer à son gré de ce qui lui appartient (§. CXCV.), *il dépend de lui d'accorder aux soldats ou aux officiers, les droits qu'il lui plait sur le butin, & de faire des conventions à ce sujet avec celui qui lui envoye des secours.*

§. MCCIII. Puisque la feinte, la fausseté, & la dissimulation, s'appellent d'un nom commun, *ruse*, ou *tromperie*; *si l'on peut obtenir par la ruse, ce qu'il étoit permis de se procurer par la force ouverte, il n'est pas douteux qu'elle ne soit permise dans la guerre*, puisqu'elle est moins nuisible que la force ouverte. Mais comme il faut garder ses promesses (§. CCCLXXXVIII.), & qu'on doit tenir pour vrai ce qu'on promet, contre celui qui le promet (§. CCCXVIII.), *la ruse n'est permise que hors des promesses.* Comme *les stratagêmes* sont des actes de guerre imprévus, consistant soit dans la force, soit dans la ruse, ils *sont* aussi *permis.* (*m*) *Si la ruse est permise dans la guerre, & des stratagêmes.*

§. MCCIV. Les *conquêtes* * sont des actes, par lesquels on réduit en son pouvoir, par la force des armes, les choses des ennemis, particulièrement les immeubles, comme des villes, des terres. Puisque dans une guerre juste, il est permis d'enlever toutes les choses de l'ennemi pour des causes justes (§. MCXC. MCXCIII.), *on acquiert par les conquêtes le domaine des choses enlevées aux ennemis; les choses meubles ne sont censées conquises, que lorsqu'on en peut disposer à son gré* (§. CC.); & l'empire civil étant comme attaché aux terres (§. MCXXV.), & pouvant être soumis au domaine comme les incorporelles (§. CCVI.), *en conquérant des villes & des provinces, on en conquiert*, ou on en occupe *aussi l'empire*, par conséquent *leurs habitans deviennent sujets du conquérant* (§. DCCCCXCVI.), *ils cessent d'être ennemis*, (§. MCLXXXIV.), & *l'on ne peut se permettre contr'eux rien de ce qui est permis contre l'ennemi, mais on peut se permettre seulement ce qui est permis à l'égard des sujets en vertu de l'empire.* Au reste comme l'empire contient le domaine de la nation (§. MCXXX.), & le domaine & le pouvoir éminents (§. MLXV.), *en conquérant des villes & des provinces, on acquiert le domaine de la nation, ou tout ce que renferme le domaine, qu'a la nation sur ces villes & sur ces provinces, & en même tems le domaine & le pouvoir éminents.* (*n*) *Des conquêtes.* *occupatio bellica.

§. MCCV.

en tems de guerre a donné lieu à une question fortement agitée & sur laquelle on n'est point d'accord encore: savoir, quand celui qui s'est emparé d'un Navire en devient le Maitre? Nous prenons ici le mot de *Maitre* dans le sens dans lequel nous l'avons employé, pour rendre celui du mot latin *Dominus.* Les choses mobiliaires sont tenues pour saisies, dit notre Auteur, lorsque celui qui les prend en peut disposer à son gré. Ce raisonnement est fondé sur la nature de l'acquisition: pour s'en convaincre on n'a qu'à se rapeller ce qui a été enseigné ci-dessus §. CCX. Nous sommes maitres d'une chose dès que nous avons la faculté d'en disposer à volonté.

Il resulte de ces principes qu'un Vaisseau doit être reputé pour saisi & perdu, dès que celui qui s'en est emparé peut le couler à fonds, le faire sauter, ou le conduire avec lui; & qu'il n'est pas nécessaire du tout que celui qui l'a pris l'ait conduit en lieu de sureté, avant que de pouvoir en être reputé Maitre, comme Mr. de VATTEL l'enseigne *Droit des Gens L.* III. *Ch.* XIII. §. 196. Cet Auteur donne pour raison qu'un vaisseau, s'il n'est conduit en lieu de sureté, peut être repris: mais manque-t-on, ou cesse-t-on d'être Maitre d'une chose par là qu'elle peut nous être otée? ce n'est pas assurement là le caractère auquel on reconnoit si quelqu'un est maitre d'une chose ou non? c'est la faculté d'en pouvoir disposer à son gré, par laquelle il faut en juger. Le Capitaine d'un navire qui en prend un autre, peut être repris avec sa capture: s'ensuit-il que son propre vaisseau ne lui apartient pas?

Quelle sorte d'empire on acquiert sur les vaincus.

§. MCCV. Puisqu'originairement l'empire appartient en propre au peuple (§. DCCCCLXXIX.), consideré en soi, il est tel qu'il est dans le peuple. C'est pourquoi *si l'on acquiert l'empire par une conquête, on l'acquiert sur les vaincus tel qu'il est dans le peuple, à moins qu'on n'en soit convenu autrement par un traité, auquel cas il faut s'y tenir* (§. CCCCXXXVIII.). En effet un pareil traité est équivalent à une loi fondamentale, par laquelle on transfere l'empire au Prince (§. DCCCCLXXXIX.). C'est pourquoi *si le vainqueur acquiert l'empire sans convention, il peut changer à son gré la forme du gouvernement, & il peut de même disposer à son gré de la manière de posséder l'empire.* Mais comme dans le Royaume hérile tous les sujets subissent un esclavage personnel (§. DCCCCXCVII.), *les sujets ne peuvent être soumis à un empire hérile, que par une punition méritée* (§. MCXCIV.).

Dans quel cas on n'a pas droit de faire violence à la personne.

§. MCCVI. Puisqu'il n'est point besoin de défense contre *un ennemi qui ne résiste point* (§. XC.), *il n'est pas permis* non plus *de lui faire aucune violence* (§. MCXCII.). C'est pourquoi *les viols ne doivent point être permis aux soldats*, sur-tout puisqu'ils sont illicites en eux-mêmes (§. DCCCLXII.); *il n'est pas permis* non plus *d'empoisonner les fontaines*, où il peut arriver que ceux, qui ne résistent point à l'ennemi, puisent de l'eau aussi bien que les autres. (*o*)

S'il est permis d'employer le poison contre l'ennemi.

§. MCCVII. Puisqu'il est permis de faire contre *l'ennemi*, tout ce qui est nécessaire pour repousser une force injuste, aussi long-tems qu'il résiste à la réparation de notre droit (§. XC. MCXCII.), *il est* aussi *permis de le tuer par le poison, &* par

pas? Je me saisis d'un vaisseau ennemi: j'en fais passer l'equipage à mon bord; & je mets de mes gens sur le naivre pris. Un moment après il est repris. S'ensuit-il qu'il n'a pas été mien comme celui que je montois moi-même, & qui auroit également pu être pris? Faute de faire attention à ce qui constitue le caractere du domaine, on s'est extrêmement embarassé sur cette matiere, ainsi qu'on peut le voir *L.* I. *Ch.* IV. des *Quæst. Jur. Publ.* de Mr. BYNCKERSHOEK. Cet illustre Auteur observe qu'une possession de 24 heures ne decide rien, lorsqu'on veut juger si quelqu'un doit être reconnu pour maitre d'une chose, ou non: & il ajoute ensuite *sane ob factorum differentiam generale quid, quod certu · sit, ea de re constitui non poterit, sed singula facta consideranda sunt, & de singulis hoc habendum, aliter rem hostis factam non videri, nisi ita facta sit, ut eam retinere & defendere possit.* Il prend cette idée de la *l.* 1. §. 1. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* & de la *l.* 22. *ff. eod.* mais à tort. Outre que les mots de *retinere* & *defendere* ne remplissent pas l'idée de ce que l'on nomme *être Maitre d'une chose*, ils n'en marquent pas distinctement le caractère; & c'est cependant par ce caractère, par le caractère propre du *dominium* que l'on peut & que l'on doit juger si quelqu'un a le domaine d'une chose ou s'il ne l'a point. Mr. DE BYNCKERSHOEK paroit avoir senti lui-même que ses idées ne lui fournissoient pas une regle générale, qui fut sure & adoptée pour tous les cas. Il a voulu qu'on se reglât sur les circonstances, & que l'on jugeât par elles, si celui qui se saisit d'un bien meuble, est en état de le retenir ou non; mais comme il discute la proposition relativement à tous les biens meubles, & qu'il raporte les raisonnemens qu'il fait par raport à la saisie des effets sur terre à celle des vaisseaux, il manque encore lui-même de bien distinguer les circonstances. Supposez qu'un navire pris par l' nnemi soit devenu par cette saisie son bien propre, & qu'ensuite il soit repris par un Armateur ou un Vaisseau de guerre de la même nation dont étoit le vaisseau pris; s'ensuit-il que le vaisseau repris apartienne à ceux qui l'ont repris. L'Illustre Auteur juge que oui: parceque le vaisseau, ayant été saisi dans le tems qu'il apartenoit à l'ennemi, est tombé par là dans toute la propriété de ceux qui l'ont enlevé à l'ennemi. Mais le principe sur lequel il se fonde n'authorise point son sentiment.

Pour juger si un navire pris par l'ennemi & repris sur lui doit être rendu au propriétaire du navire ou non? & au premier cas quelle part celui qui l'a repris doit y avoir? on se borne à considérer simplement si le navire à été dans le domaine de l'ennemi, & si on peut le regarder comme ayant effectivement changé de maitre. Pour fixer ce point, les uns veulent qu'il ait été vingt-quatre heures au pouvoir de l'ennemi; d'autres qu'il ait été amené dans quelque port ennemi, & suivant les différentes idées qu'on se fait à cet égard, on décide si le vaisseau repris doit être rendu au proprietaire ou non, & quelle part il en revient à ceux qui le reprennent. Mr. DE BYNCKERSHOEK examine les diffétentes dispositions & les diffé-ren-

par conféquent *d'employer dans la guerre des balles, & des flèches empoifonnées, & même de gâter les eaux de façon qu'on ne puiffe les boire, fans cependant les empoifonner* (§. MCXCIII.) ; car il eft permis de forcer l'ennemi à s'abftenir d'une force injufte. (*p*)

§. MCCVIII. On appelle *efpions*, ceux qui vont en cachete chez l'ennemi, pour s'informer de l'état de fes affaires, & de ce qu'il machine contre nous; & puisqu'il nous importe de le favoir pour régler les actes de guerre, qui fervent à pourfuivre notre droit, *il eft permis d'envoyer des efpions.* Mais comme ils nuifent à celui chez qui on les envoye, *celui qui fait une guerre jufte a le droit de les punir.* (*q*) *Des efpions.*

§. MCCIX. On appelle *affaffin*, un homme, qui pour une recompenfe tue un ennemi par embuches & par rufe. C'eft pourquoi la rufe étant permife dans la guerre (§. MCCIII.), *il n'eft pas naturellement illicite d'envoyer un affaffin pour tuer l'ennemi* (§. MCXCII.). Mais *celui qui fait une guerre jufte a le droit de les faire mourir pour les punir, s'il les decouvre* (§. MCLXXXIX. MXLVIII.). (*r*) *Des affaffins.*

§. MCCX. Comme le droit de guerre appartient au Souverain (§. MLXVI. MCLXIX.), *il n'eft pas permis aux fujets d'une puiffance belligérante d'exercer des hoftilités fans ordre ou fans permiffion du Souverain, du moins* fans une permiffion *tacite*, de façon qu'on préfume avec raifon qu'il les ratifiera, parce que ce qui fe fait dans la guerre eft d'une très grande importance : *cela n'eft pas même permis aux foldats* *Des hoftilités entreprifes par les particuliers.*

rentes Ordonnances qui ont été faites fur ce fujet par les Souverains; & en particulier celles des Etats Généraux des *Provinces-Unies:* il en indique les defauts & les inconveniens; mais l'illuftre Auteur n'a pas fait dans fa cenfure reflexion aux différentes circonftances auxquelles on doit avoir égard dans ces cas-là. Il deduit fes conféquences de l'incertitude fi dans le cas donné celui qui s'eft faifi d'un vaiffeau peut & doit être confideré comme en étant pleinement le maitre; mais eft-ce bien là le principe par lequel il faut juger fi un navire pris & repris doit être au profit du dernier preneur ou rendu au proprietaire? Il ne me le paroit pas. Tout les Citoyens d'un même pays ne font-ils pas tenus de s'entre-fecourir, de fe défendre mutuellement contre des hoftilités & de concourir à reprendre les effets qui pourroient avoir été enlevés à l'un ou à l'autre. C'eft là une conféquence qui refulte ce me femble naturellement de l'inftitution originainaire de toute fociété civile. Or cela étant, il n'importe pas qu'un ennemi ait été véritablement dans toute la force du terme maitre d'un effet qu'il vous aura enlevé, ou qu'il ne l'ait pas été pour que celui de vos concitoyens qui le reprend fur lui foit obligé de vous le rendre. Il fuffit que votre concitoyen ait été dans le cas de pouvoir le reprendre, pour être tenu de le faire & de vous le reftituer. C'eft un devoir mutuel de tous les citoyens. Je pourrois ajouter d'autres reflexions fur cette importante matière mais je crains de m'étendre trop. Je dois cependant avertir que fi l'on veut s'en faire des idées nettes & diftinctes on doit fe rapeller dans les différens cas tous les principes qui y ont raport, fans quoi on courra risque de manquer dans le jugement qu'on pourroit en porter.

§. MCCVI. (*o*) Voyez PUFENDORF *de Off. hom. & Civ. L.* II. *C.* XVI.

§. MCCVII. (*p*) Il faut bien faire attention que notre Auteur n'étend les moyens qu'il indique dans ce paragraphe comme permis en guerre qu'aux cas, où l'on fe trouveroit dans la néceffité de les employer pour refifter à l'Ennemi : la néceffité, dit-on, ne connoit point de loi: cette maxime eft vraye relativement à l'Ennemi. Je ne dois l'épargner qu'autant que ma confervation le permet. Voyez VATTEL *Droit des Gens Liv.* III. *Chap.* VIII. §. 155 PUFENDORF *de Offi. hom. & civ. Liv.* II. *Chap.* XVI. §. 12. *Droit de la Nature & des Gens*, *L.* VIII *Ch.* VI. §. 16. *& fuiv.* GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *Liv.* III. *Chap.* IV. §. 15. & les notes de ceux qui ont commenté ces Ouvrages.

§. MCCVIII. (*q*) Mr. J. H. MOLLERUS a donné une Differtation très favante & très judicieufement écrite fur les *Efpions*, fous le titre *de fpeculatoribus.* Mr. VATTEL en parle au *Liv.* III. *Chap.* X. §. 179. du *Droit des Gens.*

§. MCCIX. (*r*) Voyez fur le contenu de ce paragraphe les Auteurs cités au §. MCCVII. & en particulier VATTEL, *Droit des Gens, Liv.* III. *Chap.* VIII. §. 155.

dats, sans ordre ou sans une permission de leurs officiers, autant que ceux-ci peuvent le commander sans sortir des bornes de leurs commissions. (*s*)

De la trêve. §. MCCXI. On appelle *trève* une suspension des actes de guerre dont conviennent, pour un certain tems, les puissances belligérantes. Elle *se fait* donc *par une convention* (§. CCCCXXXVIII.), par conséquent *il faut observer ce dont on y est convenu* (ibid.). *La guerre ne finit pas par la trêve, quelque longue qu'elle soit*; & *dès qu'elle finit les hostilités peuvent recommencer, sans qu'il soit besoin d'une nouvelle déclaration de guerre* (§. MCLXXXIII.). Pour que ceux à qui il importe de le savoir en soient informés, *il faut publier la trève aussi-tôt qu'on en est convenu.* Puisque l'obligation des contractans vient de la convention, *dès que le contract de trève est achevé, il oblige d'abord les contractans, mais* il est clair, qu'*il ne peut obliger les sujets que du moment de la publication*, à *moins qu'on ne soit convenu du jour où elle doit commencer.* On appelle *trève générale*, celle par laquelle tous les actes de guerre sont suspendus; & *particulière*, celle qui n'en suspend que quelques-uns. Comme tout le droit dans la guerre appartient à la puissance souveraine (§. MCLXVI. MCLXIX.), *les trèves universelles ne peuvent être conclues, que par les puissances souveraines; mais les puissances subordonnées en peuvent conclure de particulières, en se tenant dans les bornes de leurs commissions* (§. MCLV.). Comme *le fait d'un particulier* ne peut être imputé à la puissance souveraine, à moins qu'elle ne l'ait ordonné, ou qu'elle ne le ratifie (§. XXVI.), il *ne rompt pas la trève, cependant le particulier doit être puni, & il faut restituer ce qu'il peut avoir enlevé*, puisqu'autrement ce seroit ratifier son fait. Puisque la trève est une sûreté pour les personnes aussi-bien que pour les choses, *il est permis d'aller & de venir dans le tems de la trève;* cependant *il n'est pas permis d'occuper des postes qui ne sont pas gardés.* Mais *il est permis d'occuper des postes abandonnés*, puisque l'ennemi est censé ne vouloir plus s'en servir (§. CCIII.). Enfin puisque pendant la trève toutes choses doivent demeurer dans l'état où elles sont, & que par conséquent il ne faut rien faire au préjudice de l'ennemi, de ce qu'on n'auroit pu faire, si l'on n'avoit pas conclu une trève; *il n'est permis pendant la trève ni de rétablir un rempart ébranlé par le canon de l'ennemi, ni d'envoyer des secours, ou d'autres choses nécessaires dans une ville assiégée; mais il est permis de se retirer dans l'intérieur du pays avec son armée, de rétablir les murs des villes, & de lever des soldats.* (*t*)

Des passeports. §. MCCXII. On appelle *passeport*, le droit d'aller de côté & d'autre, accordé aux personnes ou aux choses, *cette concession est un privilége* (§. MXLVII.). Puis donc qu'un privilége ne s'étend pas au-delà de la personne à laquelle il est donné (§. CCCC.); *le passeport donné à une personne, ne peut pas servir pour une autre, celui qui est donné à un père ne comprend pas son fils, ni sa femme, & celui à qui on y donne permission d'aller, ne peut pas envoyer quelqu'autre.* Mais comme, par rapport aux choses, il n'importe qui que ce soit qui les porte, *si le passeport à été donné pour des choses, elles peuvent être portées dans le lieu de leur destination, par un autre que celui à qui elles appartiennent.* Puisque le passeport dépend entièrement de la volonté de celui qui l'accorde, & que cela est indiqué par le but pour lequel

§. MCCX. (*s*) Voyez la note que nous avons ajoutée au §. MCLXIX. BYNCKERSHOEK *Quæst. Jur. Pub. Liv.* I. *Chap.* XXIII. *Liv.* II. *Chap.* XIV.

§. MCCXI. (*t*) Voyez BYNCKERSHOEK l. c. *Liv.* I. *Chap.* XXV. qu. 5. VATTEL, *Droit des Gens, Liv.* III. *Chap.* XVI.

§. MCCXII.

quel il eſt donné, *celui à qui il a été accordé d'aller & de paſſer, n'a pas pour cela le droit de retourner; & ſi l'on a accordé une ſûreté à quelqu'un pour une certaine affaire, elle n'eſt cenſée accordée que juſqu'à ce que l'affaire ſoit finie.* Pareillement *ſi on a accordé le paſſeport pour un voyage, le retour y eſt cenſé compris, auſſi bien que les choſes qu'on a accoutumé de prendre pour un voyage, & un ou deux domeſtiques, ſans leſquels on ne pourroit aller décemment.* Mais de peur qu'il n'y ait quelque diſpute là-deſſus, il vaut mieux inſérer ces choſes dans l'écrit qui contient le paſſeport. (*u*)

§. MCCXIII. Puisque chacun peut transférer à un autre ſon droit comme il lui plait (§. CCCXIV.), *la rançon*, „c'eſt-à-dire, le prix du rachat," *d'un priſonnier peut être transférée à un autre.* Et puisqu'il faut garder ſes conventions (§. CCCCXXXVIII.), *la convention pour la rançon ne peut pas être rompue, parce qu'on apprend que le priſonnier eſt plus riche qu'on ne l'avoit cru.* Et comme on ne s'eſt pas emparé de *ce que le priſonnier avoit caché ſur lui, ou qu'on ne le lui a pas ôté, & que par conſéquent il reſte à lui* (§. MCCIV.), cela *peut être compté dans la rançon.* Mais comme la rançon ſe donne pour la délivrance du priſonnier, *ſi le priſonnier meurt avant que l'argent ſoit payé, & avant qu'on lui ait donné la liberté de s'en aller; ou s'il meurt en chemin, & qu'on ait dû le conduire aux ennemis, la rançon n'eſt pas due; mais elle eſt due ſi le priſonnier meurt en liberté, ou ſi on la retient pour ſûreté d'une dette*, c'eſt-à-dire, comme un gage (§. DCXCVII.). Enfin comme celui, qui renvoye un priſonnier pour une certaine rançon, n'eſt tenu qu'à aſſurer ſon retour chez les ſiens; *ſi le priſonnier, après ſon retour, eſt pris de nouveau par un autre, avant que la rançon ait été payeé, elle eſt due doublement.* (*x*)

De la rançon, ou prix du rachat des priſonniers.

§. MCCXIV. On appelle *droit de retour* *, le rétabliſſement dans leur premier état, des choſes & des perſonnes priſes par l'ennemi; & qui retournent au pouvoir de leur nation. Comme le Souverain eſt obligé de défendre ſes Sujets & leurs droits contre les ennemis étrangers (§. DCCCCLXXII.), & que celui qui fait une guerre injuſte, n'acquiert naturellement aucun droit par une conquête, ſur les choſes & les perſonnes des priſonniers (§. MCLXXXIX.), *ſi les choſes & les perſonnes, priſes par la violence d'un ennemi injuſte, reviennent chez les leurs, elles rentrent dans leur premier état.* On voit par là à quel égard le droit de retour eſt du Droit Naturel, nous verrons tout à l'heure, à quel égard il eſt du Droit des Gens. Mais *ceux qui ſe ſont rendus, ou qui ont rendu leurs choſes à l'ennemi*, ayant promis par cela même qu'ils veulent être à lui, & que leurs choſes doivent être à lui, comme on ne peut lui ôter le droit qu'il a acquis par là (§. C.), *ces perſonnes, & les choſes qui leur appartenoient, ſont privées du droit de retour.* Mais *ſi les perſonnes ſont renvoyées, & que l'ennemi abandonne ce qui lui étoit dû*, puisqu'il déclare par là qu'il ne veut pas les avoir, *elles ont le droit de retour*, puisqu'il n'y a plus de droit de l'ennemi qui s'y oppoſe. (*y*)

Du droit de retour entant qu'il eſt de Droit naturel.

* poſtliminium.

§. MCCXV. Comme les affaires entre les nations doivent ſe terminer, que d'ailleurs les deux puiſſances belligérantes, prétendent chacune avoir une juſte cauſe de guerre, & qu'en vertu de la liberté naturelle, qui appartient aux nations (§. MLXXXIX.),

Du Droit des Gens volontaire dans la guerre.

§. MCCXII. (*u*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* III. *Chap.* XVII.

§. MCCXIII. (*x*) Voyez VATTEL, *Droit des Gens, Liv.* III. *Chap.* XVII. §. 279.

§. MCCXIV. (*y*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* III. *Chap.* XIV.

§. MCCXV.

(§. MLXXXIX.), les autres nations doivent permettre, que chacune s'en tienne à ſon propre jugement (§. LXXVIII.), que même, la plupart des cauſes étant douteuſes, la choſe n'eſt pas aiſée à déterminer, & que de plus, la guerre n'eſt pas par elle-même un moyen propre à décider ce différent (§. MCLIX.), qu'il eſt beaucoup plus difficile de déterminer, ſi celui qui fait une guerre juſte, n'abuſe pas de ſon droit dans la guerre (§. MCXC. & ſuiv.), & qu'ainſi il faut laiſſer la choſe à ſa conſcience (§. LXXVIII.), *il faut* auſſi *que la guerre ſoit regardée des deux côtés comme juſte, par rapport à ſes effets*, c'eſt-à-dire, que chacun uſe des mêmes droits, & par conſéquent encore, il faut *s'en remettre à la conſcience de chacun, ſur ce qui lui paroit neceſſaire pour obtenir ſon droit.* Et c'eſt en cela que conſiſte le droit volontaire des gens dans la guerre (§. MXC.). (z)

Du droit de retour ſuivant le Droit des Gens.

§. MCCXVI. Comme les nations qui ſont neutres dans la guerre, n'ont aucun droit de décider de la cauſe de la guerre, ni ſi telle choſe qui ſe fait ou ne ſe fait pas eſt juſte (§. MCCXV.), *les nations qui ne ſont pas mêlées dans la guerre, doivent regarder comme juſte, ou fait de droit ce qui ſe fait des deux côtés*; ainſi *par le Droit des Gens volontaire, le droit de retour n'a pas lieu chez les nations qui ſont en paix* (§. MCCXIV.); & par le même Droit, *les mêmes droits ſont cenſés communs aux deux parties belligérantes.* (a)

§. MCCXV. (z) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* III. *Chap.* XII.

§. MCCXVI. (a) On fera bien de lire ſur le droit de *Poſtliminio* GROTIUS, *Droit de la Guerre & de la Paix, Liv.* III. *Chap.* IX. On y trouvera non-ſeulement une diſcuſſion très ſavante & très curieuſe de la maniere dont les Anciens ont enviſagé & modifié ce droit ſuivant leur façon de penſer; mais encore bien des reflexions propres à faire ſentir l'étendue des principes que notre Auteur ne fait qu'indiquer. Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* III. *Chap.* XIV.



CHA-

CHAPITRE IX.

De la Paix & des Traités de paix. (†)

§. MCCXVII. On appelle *Paix*, l'état où l'on n'eſt en guerre avec perſonne: par conſéquent puisqu'il ne faut conteſter avec perſonne par la force (§. XCVIII.), *dans la paix on jouit tranquillement de ſon droit.* Puisqu'aucune nation ne doit faire injure à une autre (§. MLXXXIX.), & qu'on doit avoir ſoin d'ajuſter les différens ſans employer la force des armes (§. MCLVII.), & par conſéquent ne fournir aucune cauſe de guerre (§. MCLVIII.), *les nations ſont naturellement obligées à cultiver la paix entr'elles.* Et comme les hommes s'étant réunis en ſociété, pour jouir tranquillement de leur droit, & pour l'obtenir ſûrement des autres (§. DCCCCLXXII.), *le Prince eſt obligé naturellement envers ſes ſujets*, &, puisque la nature elle-même a formé une grande ſociété civile entre les nations (§. MXC.), il *eſt obligé envers les autres nations, à travailler de toutes ſes forces à cultiver la paix;* par conſéquent, *non-ſeulement il doit éviter lui-même la guerre autant qu'il le peut, mais il doit encore travailler à diſſuader les autres de l'entreprendre légérement.* Il paroit au reſte par la définition même de la paix, qu'*on n'eſt pas en paix dans le tems d'une trève* (§. MCCXI.), & que *la guerre finit quand on fait la paix.* (*b*) *De l'obligation à cultiver la paix.*

§. MCCXVIII. On appelle un *perturbateur du repos public*, celui qui inquiète & trouble les autres nations par des guerres téméraires & injuſtes. *Chaque nation a* donc *le droit de contraindre les perturbateurs du repos public à ne pas le troubler* (§. MXC.). C'eſt pourquoi *ſi quelque nation craint pour elle-même de la part d'un perturbateur du repos public, elle doit faire à tems des alliances de guerre avec les autres nations* (§. MCLXXX.). (*c*) *Du perturbateur du repos public.*

§. MCCXIX. Puisqu'on fait une *guerre juſte* pour obtenir ſon droit (§. MCLXX.), *il eſt permis de la continuer jusqu'à ce qu'on ait obtenu ſon droit*, par conſéquent *jusqu'à ce que dans un cas douteux l'autre offre une tranſaction, ou qu'il accepte celle qu'on lui offre* (ibid.); & *ſi on la fait contre un perturbateur du repos public, on peut la continuer jusqu'à ce qu'on ait pourvu ſuffiſamment à la ſûreté publique* (§. MCCXVIII.). Mais *ſi l'un de ceux qui ſont en guerre, ne peut être porté à offrir, ou à accepter des conditions de paix raiſonnables*, il eſt évident, qu'*il faut continuer la guerre jusqu'à ce qu'il ſoit entiérement vaincu*, c'eſt-à-dire, qu'il ne puiſſe plus réſiſter. *Combien de tems il eſt permis de continuer la guerre.*

§. MCCXX. Puisque la guerre ſe fait entre les puiſſances ſouveraines (§. MCLXIX.), *il n'y a que les puiſſances ſouveraines qui puiſſent faire la paix.* Mais comme *un Roi* *Qui ſont ceux qui peuvent faire la paix.*

(†) CHAP. IX. Ce Chapitre renferme les principaux fondemens des devoirs qu'il faut obſerver tant pour parvenir à une paix, que pour s'y conſerver & prevenir la guerre. Notre Auteur y expoſe en même tems la maniere dont les Traités de Paix doivent être faits; & il ſeroit à ſouhaiter qu'en les faiſant on fut attentif aux principes, qu'il indique: on n'auroit pas lieu de ſe diſputer ſi ſouvent ſur le *caſus fœderis.*

§. MCCXVII. (*b*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* IV. *Chap.* I.

§. MCCXVIII. (*c*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* IV. *Chap.* I. §. 5.

Roi enfant, ou hors de son bon sens, ne peut administrer l'empire, ni par conséquent *faire la paix*, il s'ensuit, que *c'est à ceux qui ont l'administration de l'empire de la faire.* Comme l'usurpateur d'un empire a le souverain empire, si les sujets lui ont prêté serment de fidélité, & que les nations étrangeres sont obligées à s'en tenir au jugement d'une autre nation (§. MLXXXIX.), *il est permis de faire la paix avec un usurpateur, si les sujets lui ont prêté serment de fidélité.* Comme dans un Royaume patrimonial le Roi peut en disposer à son gré (§. DCCCCLXXXVI.), *si le Royaume est patrimonial, le Roi prisonnier peut faire la paix.* Mais comme par sa prison un Roi perd le libre exercice de l'empire, & qu'il est à craindre qu'il ne soit forcé de promettre au préjudice de sa nation, des choses qu'il ne promettroit pas s'il étoit libre, *si le Royaume n'est pas patrimonial, le Roi prisonnier peut faire la paix par le moyen de ceux, à qui il a remis l'administration de l'empire, ou, s'il n'y a rien de reglé à cet égard, par celui qui a la plus prochaine espérance de lui succéder.* Et comme il peut disposer à son gré de ses biens privés (§. CXCV.), *il peut* aussi *faire la paix en promettant purement & simplement sa chose privée, & en promettant la chose publique, sous condition de ratification.* (*d*)

Comment on peut faire la paix. §. MCCXXI. Puisque la rigueur de la justice exige qu'on rende à chacun son droit; s'il falloit suivre cette rigueur, en faisant la paix, il faudroit porter une sentence sur la justice de la guerre qu'on a faite, payer à celui qui a fait une guerre juste, la dette pour laquelle la guerre a été faite, lui restituer les frais de la guerre, & lui donner satisfaction pour les injures qu'on lui a faites dans la guerre même (§. MCXC), & d'un autre côté ce que celui, qui faisoit une guerre juste, a conquis au-delà de son dû devroit être restitué à l'autre, à qui il faudroit encore donner satisfaction pour les injures, qu'on lui auroit faites, en abusant du droit qu'on avoit contre lui (§. CCLXXI.). Or il est aisé de voir que, si la paix devoit se faire de cette manière, les affaires ne se termineroient jamais. C'est pourquoi *la paix ne peut se faire que par une transaction* (§. DCCLXIV.) : aussi *dans un traité de paix on ne décide point sur la cause de la guerre; on ne décide point les différents, qu'on pourroit élever sur ce qui s'est fait dans la guerre, aucun des deux partis n'accuse l'autre d'injustice; & l'on fait sur-tout attention aux raisons de convenance.* Comme *l'amnistie* est l'oubli, ordonné pour toujours, des injures & des offenses faites auparavant (§. MLVI.), elle *est naturellement renfermée dans tout traité de paix; cependant pour qu'elle soit due parfaitement, il faut en convenir avant tout* (§. DCLXVII.). (*e*)

Quelles conventions on peut faire dans les traités de paix. §. MCCXXII. Puisqu'il faut dans les transactions s'en tenir à ce dont on est con-

§. MCCXX. (*d*) On doit se rappeller ici ce que j'ai remarqué ci dessus §. MCLXIX. sur le droit de faire la guerre. Si des particuliers sont en droit de faire la guerre, ils le sont aussi de faire des traités de paix. L'un emporte l'autre. L'Histoire d'Angleterre fournit dans *Cromwel* un exemple frappant de ce que notre Auteur enseigne dans ce paragraphe par raport aux Traités faits avec un Usurpateur. Cependant quelque évidente que soit la verité dont il s'agit ici, les Nations ne l'ont pas toujours reconnue, & les Auteurs eux-mêmes ne l'ont pas toujours bien saisie. Voyez PUFENDORF *Droit de la Nature & de Gens*, *Liv.* VIII. *Chap.* XII. §. *& suiv.* GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *Liv.* II. *Chap.* XIV. §. 14. *Liv.* III. *Chap.* XX. §. 3. VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* IV. *Chap.* II. §. 14.

§. MCCXXI. (*e*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* IV. *Chap.* II. §. 18, 19 & 20.

§. MCCXXII. (*f*) Ce que l'Auteur affirme dans ce paragraphe est trop généralement exprimé: il est bien constant que si dans un traité de paix il étoit stipulé que les prises de part & d'autre seroient restituées, cette expression emporteroit sans contredit les navires & les effets pris sur mer; & on en devroit dire autant des effets enlevés d'une ville qui

convenu (§. DCCLXIV.), *il faut dans un traité de paix convenir, ou qu'on remettra toutes choses au même état, où elles étoient avant la guerre, ou qu'elles resteront dans celui où elles sont actuellement, ou qu'on restituera certaines choses prises dans la guerre, qu'on en retiendra d'autres, & qu'on fera de plus quelques autres prestations.* D'où il suit, que *ce dont on ne dit rien reste dans l'état où il est.* Mais comme les choses ne finiroient point, s'il falloit restituer toutes les choses meubles, *si l'on est convenu qu'on restituera les choses prises, les meubles n'y sont point compris, à moins qu'on n'en ait désigné quelques uns expressément.* (*f*)

§. MCCXXIII. Comme l'amnistie ne regarde, que les choses qui se font faites dans la guerre (§. MCCXXI.), *ce qui étoit dû avant la guerre, comme aussi les injures faites auparavant, mais qui n'ont point été causes de la guerre, les dettes contractées d'ailleurs pendant la guerre, les injures hors de la guerre, & ce qui a commencé pendant la guerre à être dû aux particuliers, soit pour des contracts, soit pour quelque delict, tout cela n'est point censé remis par la paix.* (*g*) *A quelles choses on ne peut étendre l'amnistie.*

§. MCCXIV. Comme le droit de celui à qui il faut restituer quelque chose, commence au moment où la paix est conclue, à moins qu'on n'ait fixé un jour pour la restitution (§. CCCCXXXVIII. CCCXVII.), *si les choses doivent être restituées par la paix, il faut aussi restituer leurs fruits dès le jour de la concession de la paix* (§. CCXXVIII.). (*h*) *De la restitution des fruits.*

§. MCCXXV. Comme les choses doivent être restituées telles qu'elles ont été prises dans la guerre (§. MCCXXII.), *s'il faut restituer une chose par la paix, il faut aussi restituer les droits attachés à la chose*, ainsi *il n'est pas permis de démolir avant la restitution les fortifications, qui existoient lorsqu'on a pris une ville.* Et *si par la paix on doit restituer certaines choses dans l'état où elles étoient avant la guerre, leur dernier état est censé celui où elles étoient quand la guerre a commencé*, puisque c'est celui que les contractans sont censés avoir eu dans l'idée (§. DCCCX.), *à moins qu'on ne rapporte cet état à une certaine année* (§. CCCCXXXVIII.). *Si dans le traité de paix on se réfère à d'autres traités précédens*, comme cela se fait pour abréger, *il faudra tenir pour valide ce qui est dit plus expressément dans ces traités, touchant la chose dont on convient.* (*i*) *Quelques observations à faire sur la restitution des choses.*

§. MCCXXVI. *Dans un Royaume patrimonial* le Roi peut disposer de l'empire à son gré (§. DCCCCLXXXVI.), par conséquent *le Roi peut l'aliéner en tout ou en partie, sans le consentement du peuple*, Mais comme *dans un Royaume usufructuaire*, la propriété de l'empire reste au peuple (ibid.), *il faut pour l'aliénation le consentement du peuple;* & comme tous sont obligés envers une partie à ce qui sert à avancer son salut (§. DCCCCLXXV.), *il faut de plus le consentement de la partie contre laquelle se fait l'aliénation, ou du moins sa ratifica-* *De l'aliénation de l'empire & des choses privées par la paix.*

qui seroit restituée. Cependant comme il n'est pas possible que tout soit restitué de part & d'autre jusques aux moindres choses enlevées sur des particuliers, le Traité ne souffre pas non plus une interprétation si étendue. Voyez GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *Liv.* III. *Chap.* XX. §. 21.

§. MCCXXIII. (*g*) La guerre nous porte à des actes de violence; en faisant la paix nous commençons par nous pardonner de part & d'autre tous les excès que nous aurions pu y commettre: cela étant il est visible que l'amnistie ne peut s'étendre qu'à ces actes qui se font & durant la guerre & pour cause de la guerre: c'est proprement là le sens de ce paragraphe. Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* IV. *Chap.* II. §. 20 & 22. GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *L.* III. *Ch.* XX. §. 16.

§. MCCXXIV. (*h*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* IV. *Chap.* III. §. 30. GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *Liv.* III. *Chap.* XX. §. 22.

§. MCCXXV. (*i*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* IV. *Chap.* III. §. 31. GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *Liv.* III. *Chap.* XX. §. 24.

cation qu'elle déclare par le fait, en faisant hommage sans aucune contradiction au nouvel acquérant. Mais *si le droit de conclure la paix a été transféré au Roi sans aucune restriction, il n'est point obligé de demander le consentement du peuple*, c'est-à-dire, s'il n'y a point de loi fondamentale, à l'observation de laquelle il soit obligé (§. DCCCCLXXXIV.). Au reste *il peut convenir selon les circonstances, touchant les choses privées & les personnes*, en vertu du domaine & du pouvoir éminents (§. MLXV.). (*k*)

De l'effet de la paix. §. MCCXXVII. Puisqu'après la transaction faite, on ne peut renouveller ses prétensions, & que le procès est terminé (§. DCCLXIV.), *quand la paix est faite, la guerre est finie, & l'on ne peut plus entreprendre de nouveau la guerre, pour la cause pour laquelle elle a été faite.* (*l*)

Des alliés dans la guerre. §. MCCXXVIII. Puisque les alliés de ceux qui font la paix, ont eu la même guerre que ceux-ci, & qu'on transige pour finir la guerre (§. MCCXXI.); *les alliés sont compris aussi dans le traité de paix*; par conséquent *l'amnistie s'étend aussi à eux* (§. MCCXXIII.). Mais *si l'on a eu une guerre particulière avec eux, il faut aussi faire avec eux une paix expresse.* (*m*)

De l'obligation qui nait du traité de paix. §. MCCXXIX. *Le traité de paix* étant fait pour un avantage public permanent, *est une alliance réelle* (§. MCXLVI.), & par conséquent *il oblige* aussi *le peuple & ses successeurs.* Mais *il oblige les contractans aussi-tôt qu'il est fait*; puisque l'obligation nait des traités (§. CCCCXXXVIII.), *& il oblige les soldats, & les sujets aussitôt qu'il a été publié parmi eux*, puisqu'ils ne peuvent en être assurés avant sa publication. (*n*)

De l'infraction de la paix. §. MCCXXX. On dit qu'on *rompt* ou qu'on *enfreint la paix*, si l'on n'observe pas le traité de paix, c'est-à-dire, si quelqu'un fait ce qu'il ne pouvoit ni ne devoit faire en vertu de la paix, ou s'il ne fait pas ce qu'il devoit & pouvoit faire, en vertu de cette même paix. On dit dans le même sens, qu'on *enfreint une alliance* en général. *On rompt* donc *la paix si l'on fait des actes de guerre pour la même cause, pour laquelle la guerre avoit été faite, ou pour les choses qui se sont passées pendant la guerre* (§. MCCXXVII.), *y compris aussi les alliés* (§. MCCXXVIII.); *mais non pas si c'est pour quelque nouvelle cause*, puisque la paix ne la regarde pas (§. MCCXXI.); par conséquent *on ne la rompt pas, si on s'allie ensuite à un autre, qui fait la guerre à celui avec qui on a fait la paix*, par la même raison. Il paroit aussi par la définition même, que *vous ne rompez pas la paix, s'il ne dépend pas de vous d'accomplir la promesse, que vous avez faite dans le traité de paix*; comme, par exemple, si étant en guerre vous-même vous ne pouvez pas envoyer les secours & les subsides, que vous aviez promis, ou si la chose que l'on devoit donner est périe. On appelle *articles de paix*, chaque partie du traité par lesquelles on distingue les choses, sur lesquelles on a fait séparément quelques conventions. Ils sont *liés*, c'est-à-dire, qu'on y convient des choses qui regardent le même sujet, ou *séparés* & distincts, c'est-à-

§. MCCXXVI. (*k*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* IV. *Chap.* II. §. 10. *& suiv.* GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *Liv.* III. *Ch.* XX. §. 5, 6 & 7.

§. MCCXXVII. (*l*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* IV. *Chap.* II. §. 19.

§. MCCXXVIII. (*m*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* IV. *Chap.* II. §. 15.

§. MCCXXIX. (*n*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* II. *Chap.* III. §. 24 & 25. *Chap.* IV. GROTIUS *Droit de la Guerre & de la Paix*, *Liv.* II. §. 16.

§. MCCXXX. (*o*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* IV. *Chap.* IV. GROTIUS *Droit de la Guer-*

à-dire, qu'on y convient des choſes qui regardent des ſujets différens. D'où il eſt aiſé de voir, que *ſi l'on rompt la paix dans des articles ſéparés, elle ſubſiſte par rapport aux autres*, & que d'un autre côté, *ſi l'on la rompt dans les articles liés, l'autre n'eſt plus obligé de garder la paix* (§. CCCCXLII.). Mais comme le fait d'autrui ne peut être imputé à quelqu'un qui n'y a point concouru (§. XXVI.), *ſi vos ſujets ſans votre conſentement, ou ſans votre ratification ſubſéquente, font quelque choſe qui eſt contre le traité de paix, la paix n'eſt pas rompue par là;* mais d'un autre côté *elle eſt rompue, ſi vos ſujets ſont léſés par l'autre partie, contre les articles de la paix.* (*o*)

§. MCCXXXI. La *publication de la paix* eſt un fait, par lequel on donne à connoitre, ſoit aux ſoldats, ſoit aux ſujets, que la paix eſt faite; & par conſéquent que la guerre eſt finie (§. MCCXXVII.). C'eſt pourquoi *il faut la publier ſans délai dans l'armée* (§. MCLXXIV.), mais comme il n'y a pas la même néceſſité du côté des citoyens que de celui des ſoldats, *on peut la publier parmi les ſujets, quand cela paroitra convenable.* (*p*) *De la publication de la paix.*

§. MCCXXXII. On appelle *rebelles* ou *revoltés*, des ſujets qui prennent injuſtement les armes contre leur Prince, ſoit pour le dépouiller de l'empire, ſoit pour le forcer à accepter certaines conditions. Et cet état s'appelle *rebellion*, ou *revolte.* (*q*) *De la rebellion.*

§. MCCXXXIII. Il faut diſtinguer de la rébellion la *guerre civile*, dans laquelle les ſujets prennent juſtement les armes contre leur Prince. *Elle eſt* donc *permiſe dans tous les cas, où il eſt permis de reſiſter au Prince* (§. MLXXIX.). *De la guerre civile.*

§. MCCXXXIV. Il faut diſtinguer de la rébellion, & de la guerre civile, le *tumulte*, ou la *ſédition* ou l'*émeute*, dans laquelle la populace attroupée, fait violence ou menace de la faire, ſoit aux magiſtrats ou aux autres puiſſances ſubordonnées, ou à leurs choſes, ſoit auſſi aux particuliers ou à leurs choſes. Puisque *la ſédition* léſe la ſûreté publique, elle *eſt un délict public, ou un crime* (§. MXXX.). C'eſt pourquoi *ceux qui excitent la ſédition, ou qui la fomentent, & ceux qui s'y mêlent*, étant coupables de crime, *peuvent être punis ſelon les circonſtances* (§. MXXX. MXLVIII.). *De la ſédition.*

§. MCCXXXV. *La puiſſance ſouveraine qui promet quelque choſe aux rebelles, ou aux ſéditieux, pour étouffer la rebellion ou la ſédition*, ne pouvant le faire en conſervant ſon droit contr'eux, & étant ainſi cenſée remettre ſon droit (§. CCCXXXVII.), elle *eſt obligée à obſerver ce qu'elle leur promet* (§. CCCXXXVIII.). Il paroit de même, qu'*il faut garder les mêmes promeſſes faites à un ennemi, aux raviſſeurs, aux brigands.* C'eſt pourquoi *ſi l'on a promis une amniſtie, perſonne ne peut être accuſé ni puni, pour ce qu'il a fait dans la rébellion, ou la ſédition* (§. MLVI.). *S'il faut garder les promeſſes faites aux rebelles, & aux ſéditieux.*

Guerre & de la Paix, Liv. III. *Chap.* XX. §. 27. *& ſuiv.*

§. MCLXXXXI. (*p*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* IV. *Chap.* III. §. 25.

§. MCCXXXII. (*q*) Voyez VATTEL *Droit des Gens, Liv.* III. *Chap.* XVIII. On trouvera dans les Commentateurs de GROTIUS aux endroits que je viens de citer du *Droit de la Guerre & de la Paix*, tous les éclairciſſemens qu'on pourroit déſirer ſur la matiere que notre Auteur a eu l'art de réduire dans ce Chapitre à des principes également ſimples & clairs.



CHAPITRE X.

Du droit des Ambassades. (†)

Ambassadeurs ce que c'est.

§. MCCXXXVI On appelle *Ambassadeurs* ou *Envoyés*, des personnes envoyées par une nation ou par son Prince, chez une autre nation, ou à son Prince pour quelqu'affaire publique. Ainsi *les Ambassadeurs sont naturellement les mandataires de leur nation, ou de leur Prince* (§. DLI.), *& le droit d'envoyer des Ambassadeurs appartient aux puissances souveraines* (§. MCXL.), *même à celles qui sont liées par des alliances inégales* (§ MCXLIV.). (*r*)

Agens ce que c'est.

§. MCCXXXVII. On appelle *Agens*, des personnes qui ont soin des affaires privées de leur Prince, ou de ses sujets en son nom, auprès d'une autre nation. Puisqu'il dépend de la volonté de celui qui les établit, de les charger de quelles affaires il lui plait, *rien n'empêche qu'on ne confie aussi aux Agens quelques affaires publiques, sur-tout de peu d'importance.*

Du droit d'envoyer, & de l'obligation d'admettre les Ambassadeurs

§. MCCXXXVIII. Chaque nation a un droit parfait de demander à une autre les devoirs d'humanité, & on ne peut, sans lui faire injure l'empêcher de les demander (§. MCVIII.). Elle a le droit aussi de faire des traités avec une autre nation si elle a besoin de son secours (§. MXCV), de joindre ses forces pour se perfectionner elle-même, & pour perfectionner son état (§. MXC.), & par conséquent de faire des alliances (§. MCXLI.). Les nations sont obligées aussi de faire cesser leurs griefs respectifs, & il faut ajuster leurs différens (§. MCLVII.), & il ne faut pas recourir à la guerre, moyen peu propre par lui-même à décider les différens (§. MCLIX.), ni aux autres moyens violents (§. MCLXIII. & suiv.), tant qu'il n'est pas sûr qu'on ne pourra sans violence réparer les injures faites (§. MCLVIII.). Il faut aussi faire des alliances de guerre (§. MCLXXX.), & il survient dans la guerre des cas, dans lesquels il faut faire des traités, ou dans lesquels une partie est obligée

gée

(†) CHAP. X. BARBEIRAC en parlant de l'Ouvrage du President DE BYNCKERSHOEK *sur le Juge compétent des Ambassadeurs*, dit: „ je puis assurer, „ qu'on n'avoit jamais vu, sur ce sujet, d'ouvra-„ ge aussi exact, aussi bien raisonné, aussi clair, „ aussi simple, aussi méthodique, aussi plein; & „ où néanmoins tout soit traité aussi briévement. „ On y trouvera des principes suffisans, pour re-„ soudre aisément toutes les questions qui peuvent, „ naître là dessus dans l'occasion." Si le Livre de l'illustre DE BYNCKERSHOEK a merité cet eloge du célèbre Professeur *de Groningue*, quel éloge ne doit-on pas donner à notre Auteur, qui a eu l'art d'exposer en moins de huit pages tout les principes d'où les droits & les devoirs des Ambassadeurs doivent être déduits. On n'a qu'à confronter le développement que notre Auteur en fait dans son grand ouvrage avec la manière dont Mr. DE BYNCKERSHOEK a traité ce sujet, pour revenir des prejugés que l'on a contre la méthode ou la marche de notre Philosophe: l'occasion que l'Auteur nous a donné au §. 1243. de rélever l'erreur qu'il commet par rapport à la jurisdiction sur les Ambassadeurs rélativement à leurs affaires privées, peut même servir à confirmer l'excellence de cette méthode, puisqu'on y voit combien elle est propre à nous indiquer la source de nos méprises & de nos bévues.

§. MCCXXVI. (*r*) On peut voir dans quel sens les Anciens ont usé du mot *Legatus*, dans une note que Mr. BARBEIRAC a mise au §. I. du *Juge compétent des Ambassadeurs par* BYNCKERSHOEK. Au reste quoique le mot Ambassadeur se prenne ordinairement pour une personne envoyée de la part d'une puissance à une autre puissance, il ne faut pas cependant en conclure que celui de *Legatus*, dont notre Auteur se sert reponde à cette idée. Voyez VATTEL sur les différents caractéres des Mi-

gée de faire connoitre sa volonté à l'autre. Et même pour que la guerre finisse, il faut faire des traités de paix (§. MCCXXVII.). *Les Ambassades sont* donc *nécessaires, & les nations ont un droit parfait d'envoyer des Ambassadeurs aux autres nations*, ce qui ne pouvant être refusé sans injure (§. c.), *il faut que les Ambassadeurs soient admis par celui à qui on les envoye;* par conséquent *s'il ne les admet pas il fait une injure à celui qui les envoye* (§. LXXXVII.), *à moins que ce ne soit dans un conflict manifeste entre un devoir envers soi-même, & un devoir envers les autres nations*, comme si l'Ambassadeur étoit envoyé pour troubler la société, ou s'il étoit coupable de crime de lése-majesté au premier chef. (*s*)

§. MCCXXXIX. On appelle *Ambassadeurs ordinaires*, ceux qui résident pendant plusieurs années dans les Cours étrangéres. Comme les affaires des nations pour lesquelles les Ambassades sont nécessaires (§. MCCXXXVIII.), ne sont ni journalières, ni continuelles, & que d'ailleurs les Ambassadeurs ordinaires sont des espéces d'espions (§. MCCVIII.), *le droit d'avoir des Ambassadeurs ordinaires dans les Cours étrangéres, n'est pas un droit des gens ni nécessaire* (§. MLXXXVIII.), *ni volontaire* (§. MXC.); par conséquent *les Ambassades ordinaires*, qui n'ont été introduites, que par les usages de quelques nations, *appartiennent au Droit des Gens coutumier* (§. MXCII.). Ainsi *si l'on ne les admet pas, on ne fait point d'injure à celui qui veut les envoyer* (§. LXXXVII.). *Des Ambassadeurs ordinaires.*

§. MCCXL. Comme un Prince doit regarder un autre Prince comme son égal (§. MCXX.), & qu'on envoye les Ambassadeurs pour traiter au nom de celui qui les envoye, ou avec le Roi lui-même, ou avec ses principaux Ministres, chargés de ce soin (§. MCCXXXVI), *il faut envoyer des Ambassadeurs d'un rang distingué dans l'Etat qui les envoye* (§. LIV. LV.). Ainsi le Droit Naturel des Gens pourvoit à la dignité de celui à qui on les envoye. *Quels Ambassadeurs il faut envoyer.*

§. MCCXLI. Par la même raison *les Ambassadeurs doivent être reçus & traités honorablement;* & comme cette obligation vient de la loi naturelle (§. MCCXL.), dont par conséquent personne ne peut être libéré (§. XLII.), il faut les recevoir & les traiter ainsi, *quand même ils viendroient de la part d'un ennemi.* Puis donc qu'*il ne faut point faire d'affront aux Ambassadeurs qui viennent de la part* *Comment on doit les recevoir.*

Ministres Publics & les distinctions que l'usage a introduit à leur égard. *Droit des Gens Liv.* IV. *Chap.* VI.

§. MCCXXXVIII. (*s*) Notre Auteur fait sentir la nécessité dans laquelle les Nations se trouvent de se servir d'Ambassadeurs, d'Envoyés, ou d'autres personnes propres à faciliter la communication d'une Nation à l'autre. On a disputé sur le droit d'en envoyer & on a prétendu que ce droit n'appartient qu'aux grandes Puissances. Si l'on ne veut pas s'arrêter aux termes, ni à ce qu'un caractère a de brillant & d'éblouïssant pour le vulgaire, on ne fera aucune difficulté d'avouer que tous ceux qui sont vis-à-vis les uns des autres dans l'état naturel ont le droit de s'envoyer mutuellement des Ambassadeurs; par ce qu'ils ont celui de se communiquer leurs désirs: à moins qu'on ne veuille donner le nom d'*Ambassadeurs* qu'à des Envoyés d'une nation ou d'une Puissance à l'autre, & prendre ce mot uniquement dans ce sens comme notre Auteur prend celui de *Legatus:* mais en ce cas il ne faut pas disputer si on a le droit d'envoyer des Ambassadeurs: il faut alors réduire la question à la demande si on a le droit de se faire représenter par un Ministre Public. BYNCKERSHOEK *dans ses Quæst. Jur. Publ. Lib.* II. *Chap.* III. fait mention de quelques cas dans lesquels les Souverains ont refusé de reconnoitre comme Ambassadeurs, ceux qui étoient envoyés en cette qualité. Dans le même Chapitre il nous en cite plusieurs qui font voir que des Societés, des Communautés, des Villes particulieres ont cru pouvoir se servir du droit d'envoyer des Ambassadeurs. Mr. DE VATTEL en rapporte plusieurs autres dans le *Droit des Gens, Liv.* IV. *Chap.* V §. 59. *& suiv. Liv.* IV. *Chap.* VI. §. 78.

Les Villes de la Hollande ont souvent usé de ce droit; & je ne vois pas pourquoi elles devroient moins en jouïr que les Compagnies des Indes.

§. MCCXLI.

part d'un ennemi, non plus qu'à ceux qui ne viennent pas de la part d'un ennemi, & qu'*il ne faut point les méprifer* (§. CXLVI. LI.), *pas même fous prétexte du droit de talion*, puisqu'il n'y a point de pareil droit (§. CLVI.), *le mépris pour les Ambaffadeurs*, *beaucoup plus* encore *les affronts qu'on leur fait*, *font des injures* (§. LXXXVII.), *que l'on ne doit point laiffer impunies* (§. XCIII.). Ainfi le Droit Naturel des Gens pourvoit à la dignité de celui qui les envoye. (*t*)

Du caractère repréfentatif. §. MCCXLII. On appelle *caractère repréfentatif de l'Ambaffadeur*, le figne de la repréfentation de celui qui l'envoye auprès de celui à qui il eft envoyé. Les Ambaffadeurs étant naturellement les mandataires de celui qui les envoye (§. MCCXXXVI.), *par le Droit Naturel le caractère repréfentatif des Ambaffadeurs confifte dans la faculté qu'ils ont de gérer*, *au nom & en vertu du droit d'une puiffance fouveraine*, favoir de celle qui les envoye, *quelque affaire publique*, *auprès d'une autre puiffance fouveraine.* Par conféquent *par le Droit Naturel un Ambaffadeur n'eft point comme la même perfonne morale que celui qui l'envoye*, enforte que ce foit comme s'il étoit préfent lui-même, & que celui, à qui l'Ambaffadeur eft envoyé, doive le regarder comme fon égal. Et puisque *le caractère repréfentatif*, qui confifte dans la faculté de repréfenter la perfonne de celui qui envoye, n'eft point néceffaire ni pour la geftion des affaires, ni pour la dignité de celui qui l'envoye, laquelle peut être confervée fans cela (§. MCCXLI.), *le caractère repréfentatif étendu au-delà de ce que le Droit Naturel demande*, *n'eft point non plus du Droit des Gens volontaire* (§. MXC.), & par conféquent *fi l'ufage l'a introduit*, *il eft du Droit des Gens coutumier* (§. MXCII.), *fi c'eft une convention*, *il eft du Droit conventionnel* (§. MXCI.).

§. MCCXLI. (*t*) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* IV. *Chap.* VI. §. 79.

§. MCCXLII. (*u*) Il importe de faire attention au contenu de ce paragraphe, parcequ'il peut fervir à nous détromper fur plufieurs droits que l'on attribue communément aux Ambaffadeurs, comme réfultant de leur caractère réprésentatif & qui cependant n'en decoulent point. Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* IV. *Chap.* VI.

§. MCCXLIII. (*x*) Si le principe que notre Auteur pofe dans ce paragraphe eft vrai, il faudra en admettre les conféquences: & ces conféquences font trop importantes pour que je ne m'arrête pas un moment à examiner fi fon principe eft vrai: favoir s'il eft vrai qu'un Ambaffadeur doit être foumis dans fes affaires particulieres à la jurisdiction tant civile que criminelle de l'endroit où il refide. Notre Auteur le conclut de ce qu'un Ambaffadeur dans fes affaires particulieres ne repréfente pas fon Maitre, & que par là il doit être regardé fur le pied que le font tous les autres Etrangers: la logique paroît lui avoir manqué ici. Premièrement. Il n'y a aucune exactitude dans ce raifonnement-ci; un Miniftre public ne repréfente pas fon Maitre dans le maniement de fes affaires particulieres, donc il doit être confideré comme tout autre étranger, par rapport aux affaires qui ne regardent pas fon miniftére. On n'a qu'à faire attention que notre Auteur lui-même a fait fentir qu'il eft néceffaire que les Nations puiffent s'envoyer des Ambaffadeurs, qu'ainfi lorsqu'un Ambaffadeur fe trouve à une Cour il y eft par une efpèce de néceffité produite par la diftance des lieux, qui empêche que les Souverains ou leurs Confeils ne puiffent communiquer immédiatement enfemble. En eft-il ainfi des Etrangers, qui viennent de leur propre chef, foit pour voyager, foit pour contracter avec des particuliers, foit par d'autres motifs? Certainement on ne peut pas fuppofer qu'un Souverain veuille exemter de fa jurisdiction territoriale un Etranger qui y vient de plein gré & fans annoncer aucune affaire qui regarde la nation en corps, & l'on doit fuppofer d'un autre côté que cet Etranger n'y vient qu'avec l'intention de fe foumettre, pour le tems qu'il y reftera, aux loix & à la jurisdiction de ce pays. Peut-on fuppofer la même chofe rélativement à des Ambaffadeurs? Ne doit-on pas fuppofer au contraire qu'une Puisfance en admettant l'envoi d'un Ambaffadeur ne le fait qu'en renonçant aux droits que la préfence du Miniftre Public fur fes terres lui donneroit fans cela; & que celle qui l'envoie ne l'envoie que fous la condition qu'il n'y fera pas fur le pied qu'on y confidère les autres Etrangers. D'ailleurs, ne doit-on pas fuppofer encore que celui qui eft chargé d'une Ambaffade, ne la remplit & ne vient fur les terres de celui auquel il eft envoyé que fous la condition que fa fituation locale ne lui impofera au-

(§. MXCI.). C'est pourquoi *les conséquences qu'on tire de ce Droit au sujet des Ambassadeurs, ne sont ni de Droit Naturel, ni de Droit volontaire des Gens, & beaucoup moins faut-il regarder comme tel, tout ce qu'on ajoute gratuitement pour amplifier ce caractère.* Par conséquent *aucune nation ne peut être obligée à le reconoitre, par un traité.* (*u*)

§. MCCXLIII. Puisque *l'*Ambassadeur ne représente celui qui l'envoye, que par rapport aux actes qui regardent l'affaire, pour laquelle il est envoyé (§. MCCXLII.), *il ne peut être regardé, par rapport à ses actes privés, que comme un étranger qui se trouve dans le territoire d'autrui ;* par conséquent *il est censé jouir naturellement du droit des étrangers.* C'est pourquoi, *par raport à ses actes privés, à sa suite, & à ses bagages, ou ses choses, il est soumis par le Droit des Gens naturel à la jurisdiction du lieu, tant civile que criminelle* (§. MCXXXII.); & il n'y a aucune raison pour laquelle le Droit des Gens volontaire doive changer quelque chose à cela (§. MXC.). Ainsi *il n'est point du Droit des Gens, ni naturel, ni volontaire, que l'Ambassadeur avec sa suite, & ses bagages soient censés hors du territoire, ni* par conséquent, (ce qu'on en infére) *que sa personne soit sacrée & inviolable*, c'est-à-dire, qu'il soit indépendant de l'empire de celui, dans le territoire de qui il réside, beaucoup moins donc, qu'*il ait la jurisdiction sur sa suite, & que le droit d'azyle soit attaché à la maison où il demeure.* C'est pourquoi *ces sortes de droits ne peuvent s'acquérir, que par une convention ou expresse ou tacite* (§. MLXXXIX.), *sauf* cependant *les exceptions à faire dans le cas de conflict avec le devoir de celui, à qui l'Ambassadeur est envoyé, envers sa nation* (§. LXIV.). (*x*)

Du droit de l'Ambassadeur, par rapport à ses actes privés.

§. MCCXLIV.

aucun devoir. Car c'est-là proprement la source des priviléges & des immunités des Ministres étrangers. Leur situation locale n'auroit pas lieu si les Nations pouvoient s'entretenir & se communiquer immédiatement. C'est la nécessité de se communiquer qui rend cette situation locale nécessaire. Or comme les Puissances ne s'en serviroient point si elle emportoit quelque assujettissement de la part de celui qui est envoyé, il en résulte que la situation locale d'un Ministre ne peut jamais servir de fondement à aucun droit soit sur sa personne soit sur ses actions, & qu'il doit être consideré comme s'il se trouvoit effectivement auprès de celui dont-il est l'organe. Et voilà la raison pourquoi les Ambassadeurs sont censés, par une fiction de droit, être hors du territoire de la puissance auprès de laquelle ils sont envoyés, & demeurer sujets de celle qui les envoye, ainsi que Mr. DE BYNCKERSHOEK le remarque *Traité du juge compétent des Ambassadeurs Ch.* V. §. 4. Cet illustre Auteur cependant ne paroit pas avoir saisi la véritable raison de cette fiction: car dans le cours de son ouvrage il fait des raisonnemens qui s'en éloignent extrêmement.

Ce n'est pas, par exemple, parce qu'un Ambassadeur représente celui qui l'a envoyé que son caractère est sacré, idée populaire qui produit souvent un très-mauvais effet, vû qu'elle porte le peuple à se venger sur des Ministres Publics des torts qu'il prétend avoir soufferts de la Nation ou du Souverain qu'ils représentent: mais son caractère est sacré, & sa personne doit être à l'abri de toute insulte, par ce que c'est sous cette condition qu'il vient & qu'on le reçoit. La Puissance qui l'admet est censée avoir pris sur elle de prévenir & d'empêcher tout excès à son égard; & de lui assurer dans l'endroit où on le reçoit un séjour qui ne lui ôtera rien des droits qu'il pourroit faire valoir en cas qu'il fut chez lui. C'est d'après ces principes que toutes les questions, que l'on fait sur le juge compétent des Ambassadeurs peuvent être jugées. Il sera aisé de s'en convaincre si on prend la peine de les appliquer à celles que Mr. DE BYNCKERSHOEK discute dans le traité que j'ai cité ci-dessus.

Par exemple: Mr. DE BYNCKERSHOEK après avoir remarqué que le caractère qui rend quelqu'un sacré & respectable, n'a jamais exemté qui que ce soit de la Jurisdiction du Magistrat, de qui on dépend, „ ajoûte: *Il faut donc chercher quelque au-„ tre raison, qui donne aux Ambassadeurs le privi-„ lége de ne pouvoir être appellés en justice dans le „ lieu de leur ambassade. Pour la trouver cette „ raison, on n'a qu'à se souvenir, que, selon l'usage con-„ stamment reçu, un Ambassadeur n'est point regardé „ comme sujet de la Puissance auprès de laquelle il „ est envoyé, mais demeure sujet de celle qui l'en-„ voye, & par conséquent n'est censé soumis en aucune „ ma-*

De l'inviolabilité de l'Ambassadeur.

§. MCCXLIV. Puisque les étrangers sont dans le cas de citoyens à tems, tant qu'ils sont dans le territoire d'autrui (§. MCXXV.), & que le Prince ne doit pas souffrir, qu'aucun de ses sujets leur cause du dommage ou leur fasse quelque injure (§. MCXXXIV.), *les Ambassadeurs, entant qu'ils sont considérés comme des particuliers, & des étrangers, sejournant dans le territoire d'autrui, sont à l'abri des injures par le droit commun des étrangers* (§. MXXVIII.), *& des gens.* Mais comme par égard pour la dignité de celui qui les envoye, *les Ambassadeurs, entant que tels*, doivent être reçus & traités honorablement (§. MCCXLI.), & qu'ainsi l'injure qu'on leur fait est plus grave, que celle que l'on feroit à un autre étranger, entant qu'elle réjaillit sur celui qui les envoye, ils *sont* aussi *à l'abri des injures par le droit particulier des Ambassadeurs.* Et c'est en ce sens, que *la personne de l'Ambassadeur est naturellement sacrée* (§. MCLIII.). (y)

Des lettres de créance.

§. MCCXLV. On appelle *lettres de créance*, les lettres que celui, qui envoye un Ambassadeur, lui remet pour celui à qui il l'envoye, & dans lesquelles il le déclare son Envoyé. Puisqu'il faut traiter avec lui de certaines affaires (§. MCCXXXVI.), & que par conséquent celui à qui il est envoyé, doit être assuré de la volonté de celui qui l'envoye, *l'Ambassadeur doit être muni de lettres de créance.* (z)

Droit conventionnel & coutumier.

§. MCCXLVI. *Si quelques nations sont convenues entr'elles de certains droits des Ambassades, & de la manière de traiter honorablement les Ambassadeurs, ou si certains usages à cet égard se sont établis*, comme *cela* n'est que de droit conventionnel (§. MXCI.), ou coutumier (§. MXCII.), il *n'oblige que les contractans, ou ceux entre qui cet usage a regné depuis longtems, & cela pour aussi longtems qu'ils le voudront* (§. CCCCXLIV. MXCII.).

„ *maniere, ni pour dettes, ni pour crimes, à la* „ *jurisdiction du Souverain, chez qui il réside.*" La raison pour laquelle Mr. DE BYNCKERSHOEK juge qu'un Ambassadeur ne peut-être appellé en justice dans le lieu de son ambassade est, *qu'il n'est pas regardé comme sujet de la Puissance auprès de laquelle il est envoyé*: mais pourquoi n'est-il pas regardé sur ce pied? c'est qu'il vient & qu'il est reçu sous la condition, que le changement local n'en produira aucun dans son état. Si le changement local, si la situation locale ne doit produire aucune altération dans l'état d'un Ambassadeur, il est sensible qu'elle ne peut servir à le faire considérer comme sujet de la Puissance à laquelle il est envoyé: or comme sa situation locale feroit le seul titre dont on pourroit se prévaloir pour regarder un Ambassadeur comme sujet de la Puissance auprès de laquelle il réside, il est visible que ce titre étant vicieux, la prétension qu'on y fonde doit l'être pareillement. Je pourrois m'étendre beaucoup sur cette matière en faisant voir l'application du principe que je viens d'exposer aux différens cas dont les Auteurs font mention: mais cela me meneroit trop loin. J'ajouterai seulement que les mêmes raisons qui rendent la personne des Ambassadeurs & des autres Ministres Publics sacrée, rendent aussi sacrée celle des Deputés, envoyés à des Assemblées, à des Dietes, à des Conciles, &c Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* IV. *Chap.* VI. VII. VIII & IX. mais particulierement §. 92.

§. MCCXLIV. (y) Nous avons fait voir cidessus que ce n'est pas la dignité de celui qu'un Ambassadeur représente qui rend son caractère sacré: ce caractère le seroit également fut-il Ambassadeur ou Deputé d'une troupe de brigands. Aussi voyons-nous que dès qu'un Ministre Public est admis, son caractère est inviolable quel que soit celui qu'il représente; & cela doit être en vertu du principe sur lequel je me suis un peu étendu dans le paragraphe précédent. Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* VI. *Chap.* VII. §. 81.

§. MCCXLV. (z) Voyez VATTEL *Droit des Gens*, *Liv.* IV. *Chap.* VI. §. 76.

Fin du Tome second.

TABLE.

Les Nombres désignent les §. §.

D.

Dé-

droit

E.

Ety-

Hy-

Q.

R.

Suf-

T.

V.

FIN DE LA TABLE.



